

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carmen Rodríguez-Medel Nieto

Director

Fernando Gascón Inchausti

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad
en España

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carmen Rodríguez-Medel Nieto

Director

Fernando Gascón Inchausti

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



TESIS DOCTORAL

Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España

Autora: Carmen Rodríguez-Medel Nieto

Director: Dr. Fernando Gascón Inchausti

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| ABREVIATURAS | 13 |
| INTRODUCCIÓN | 15 |
| CAPÍTULO I | 25 |
| MECANISMOS CONVENCIONALES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL | 25 |
| 1. CONVENIOS BILATERALES | 25 |
| <i>1.1 Ámbito de aplicación</i> | 29 |
| <i>1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación</i> | 30 |
| <i>1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud</i> | 33 |
| <i>1.4 Legislación aplicable a la prestación de asistencia</i> | 34 |
| <i>1.5 Participación del requirente en la práctica de la asistencia</i> | 36 |
| <i>1.6 Gastos</i> | 37 |
| <i>1.7 Causas de denegación o de limitación de la asistencia judicial</i> | 37 |
| <i>1.8 Uso de la prueba obtenida</i> | 38 |
| <i>1.9 Incidencia de convenios suscritos por la Unión Europea en la cooperación bilateral española: los casos singulares de la cooperación con Estados Unidos y Japón</i> | 39 |
| 2. CONVENIOS MULTILATERALES | 43 |
| <i>2.1 Convenios de Naciones Unidas</i> | 43 |
| 2.1.1 Ámbito de aplicación | 44 |
| 2.1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación..... | 45 |
| 2.1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud..... | 47 |
| 2.1.4 Legislación aplicable a la prestación de asistencia..... | 48 |
| 2.1.5 Gastos | 48 |
| 2.1.6 Causas de denegación o de limitación de la asistencia..... | 48 |
| 2.1.7 Uso de la prueba obtenida | 49 |
| <i>2.2 Conferencia de Ministros de Justicia de países Iberoamericanos</i> | 49 |
| 3. LA COOPERACIÓN JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES | 50 |
| <i>3.1 Los Tribunales Internacionales</i> | 51 |
| <i>3.2 La Corte Penal Internacional</i> | 52 |
| 3.2.1 Ámbito de aplicación | 52 |

| | |
|--|----|
| 3.2.2 Regulaciones específicas de diligencias de prueba | 53 |
| 3.2.3 Forma, idioma contenido y transmisión de la solicitud..... | 53 |
| 3.2.4 Legislación aplicable..... | 54 |
| 3.2.5 Gastos | 55 |
| 3.2.6 Causas de denegación de la asistencia | 55 |
| 4. CONVENIOS DEL CONSEJO DE EUROPA | 55 |
| 4.1 <i>Instrumentos específicos de asistencia judicial: el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959</i> | 56 |
| 4.1.1 Ámbito de aplicación | 57 |
| 4.1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación | 58 |
| 4.1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud..... | 60 |
| 4.1.4 Legislación aplicable a la práctica de la asistencia | 60 |
| 4.1.5 Participación del requirente en la práctica de la asistencia | 61 |
| 4.1.6 Gastos..... | 61 |
| 4.1.7 Uso de la prueba obtenida | 62 |
| 4.1.8 Causas de denegación de la asistencia | 62 |
| 4.1.9 Protocolos..... | 62 |
| 4.2 <i>Otros convenios del Consejo de Europa</i> | 63 |
| 4.2.1 Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, número 73 del Consejo de Europa..... | 63 |
| 4.2.2 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, número 141 del Consejo de Europa y Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, número 198 del Consejo de Europa..... | 64 |
| 4.2.3 Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, número 197 del Consejo de Europa | 66 |
| 4.2.4 Convenio para la represión del terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y Convenio para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo 2005, convenios respectivamente números 90 y 196 | 66 |
| 4.2.5 Convenio sobre ciberdelincuencia, registrado como número 185 del Consejo de Europa, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 | 66 |
| 4.2.6 Convenio penal sobre la corrupción, número 173 del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 | 70 |
| 4.2.7 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 | 70 |
| 4.2.8 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 | 70 |

| | |
|---|------------|
| 5. CONVENIOS DE LA UNION EUROPEA | 71 |
| 5.1 <i>El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990</i> | 73 |
| 5.1.1 Ámbito de aplicación | 75 |
| 5.1.2 Cooperación policial | 76 |
| 5.1.3 El Sistema de Información Schengen (o sistema SIS) | 78 |
| 5.2 <i>El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000</i> | 78 |
| 5.2.1 Ámbito, contenido y transmisión de las solicitudes | 80 |
| 5.2.2 Legislación aplicable a la prestación de asistencia..... | 82 |
| 5.2.3 Regulación específica de algunas formas de asistencia | 83 |
| 5.2.3.1 Declaraciones por videoconferencia y por conferencia telefónica..... | 84 |
| 5.2.3.2 Entregas vigiladas | 85 |
| 5.2.3.3 Investigaciones encubiertas | 86 |
| 5.2.3.4 Intervenciones de telecomunicaciones | 86 |
| 5.2.4 Protocolo hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001 | 90 |
| 6. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA AUSENCIA DE UNA LEY ESPAÑOLA QUE REGULE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL CONVENCIONAL EN MATERIA PENAL..... | 92 |
| 6.1 <i>Cooperación activa</i> | 93 |
| 6.2 <i>Cooperación pasiva</i> | 97 |
| CAPÍTULO II..... | 105 |
| LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN | 105 |
| 1. CONCEPTO..... | 105 |
| 2. MARCO NORMATIVO..... | 105 |
| 3. RED EUROPEA DE EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN..... | 110 |
| 4. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL EQUIPO..... | 113 |
| 5. CONSTITUCIÓN DEL EQUIPO | 116 |
| 5.1 <i>Solicitud de constitución</i> | 116 |
| 5.2 <i>Autorización para la constitución</i> | 119 |
| 6. EL ACUERDO DE CONSTITUCIÓN | 124 |
| 7. COMPOSICIÓN DEL EQUIPO CONJUNTO DE INVESTIGACIÓN..... | 127 |
| 7.1 <i>Jefes del ECI</i> | 128 |
| 7.2 <i>Miembros del ECI</i> | 132 |
| 7.3 <i>Participantes en el ECI</i> | 133 |
| 7.3.1 Eurojust | 134 |
| 7.3.2 Europol..... | 135 |

| | |
|---|------------|
| 7.3.3 OLAF | 137 |
| 8. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN EL EQUIPO..... | 138 |
| 9. MODELOS DE ACUERDO DE CONSTITUCIÓN Y PLAN DE ACCIÓN OPERATIVO..... | 140 |
| 10. CESE DEL EQUIPO Y SU EVALUACIÓN | 141 |
| CAPÍTULO III..... | 147 |
| ENTRAMADO ORGÁNICO PARA LA COOPERACIÓN PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA | |
| 1. MAGISTRADOS DE ENLACE..... | 147 |
| 2. REDES JUDICIALES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PENAL | 151 |
| 2.1 <i>Red Judicial Europea</i> | 152 |
| 2.2 <i>Red europea de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra</i> . | 155 |
| 3. EUROJUST..... | 155 |
| 3.1 <i>Su creación y marco normativo</i> | 155 |
| 3.2 <i>Objetivos y competencias</i> | 158 |
| 3.3 <i>Composición y funciones</i> | 160 |
| 3.3.1 Miembros Nacionales, suplentes y asistentes..... | 160 |
| 3.3.2 El Colegio de Eurojust | 165 |
| 3.3.3 Célula de coordinación de emergencias (CCE)..... | 166 |
| 3.3.4 Corresponsales nacionales, coordinador nacional y sistema de coordinación nacional de Eurojust..... | 166 |
| 3.4 <i>Funcionamiento de Eurojust</i> | 167 |
| 3.5 <i>La creación de la Fiscalía Europea desde Eurojust</i> | 174 |
| CAPÍTULO IV | 187 |
| LA INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LA UNIÓN EUROPEA AL AMPARO DEL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD..... | 187 |
| 1. EL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD | 187 |
| 2. PERFILES DE ADN Y OTROS DATOS DISPONIBLES | 189 |
| 2.1 <i>Marco jurídico</i> | 189 |
| 2.2 <i>Modalidades de cooperación y legislación aplicable</i> | 191 |
| 2.2.1 <i>Obtención y análisis de datos</i> | 192 |
| 2.2.2 <i>Transmisión de información previamente obtenida</i> | 193 |
| 2.3 <i>Disposiciones generales sobre protección de datos</i> | 195 |
| 3. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN E INTELIGENCIA ENTRE LOS SERVICIOS DE SEGURIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA | 195 |
| 4. ANTECEDENTES PENALES | 201 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO V | 211 |
| EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA | 211 |
| 1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO | 211 |
| 2. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO..... | 213 |
| 3. LOS ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y SU RECEPCIÓN EN LOS TRATADOS | 214 |
| 4. PLASMACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES | 224 |
| 4.1 <i>Forma jurídica de los instrumentos</i> | 224 |
| 4.1.1 Las Decisiones Marco | 224 |
| 4.1.2 Los actos jurídicos del tercer pilar tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa | 231 |
| 4.1.3 Las novedades del Tratado de Lisboa en el espacio de libertad, seguridad y justicia | 232 |
| 4.2 <i>Enumeración y clasificación de los instrumentos de reconocimiento mutuo</i> | 235 |
| 5. LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO COMO SISTEMA DE NORMAS..... | 241 |
| 6. LA IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO | 247 |
| 7. PERSPECTIVAS DE FUTURO DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO: LA ARMONIZACIÓN DE GARANTÍAS PROCESALES EN LA UE | 251 |
| CAPÍTULO VI | 259 |
| LA OBTENCIÓN DE PRUEBA A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LA UNIÓN EUROPEA | 259 |
| 1. APROXIMACIONES A LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LOS PRIMEROS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO | 259 |
| 1.1 <i>La orden europea de detención y entrega</i> | 259 |
| 1.2 <i>El embargo preventivo y aseguramiento de prueba</i> | 261 |
| 2. INSTRUMENTOS EXCLUSIVAMENTE DESTINADOS A LA OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL. EL COMPLICADO ITER LEGISLATIVO DEL EXHORTO EUROPEO DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN | 263 |
| 2.1 <i>Denominación de los instrumentos</i> | 263 |
| 2.2 <i>El proceso de producción normativa del exhorto europeo de prueba y de la orden europea de investigación</i> | 265 |
| 2.2.1 La promulgación del exhorto europeo de obtención de prueba..... | 265 |
| 2.2.2 La promulgación de la directiva reguladora de la orden europea de investigación | 268 |

| | |
|---|-----|
| 2.3 <i>La vigencia y revisión de estos instrumentos y su relación con otros mecanismos de cooperación judicial penal para la obtención de prueba</i> | 272 |
| CAPÍTULO VII | 283 |
| DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA | 283 |
| 1. DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA..... | 283 |
| 1.1 <i>Definición y ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba</i> | 283 |
| 1.2 <i>Exclusiones del ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba</i> | 286 |
| 1.2.1 Exclusiones basadas en la inexistencia del objeto, documento o dato. Excepciones..... | 287 |
| 1.2.2 Exclusiones basadas en la indisponibilidad del objeto, documento o dato. | 289 |
| 1.2.3 Antecedentes penales | 293 |
| 1.3 <i>La incidencia del carácter limitado del ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba en la vigencia de otros instrumentos de cooperación judicial penal</i> | 294 |
| 1.4 <i>Contenido del exhorto europeo de obtención de prueba</i> | 295 |
| 1.4.1 Medidas coercitivas..... | 295 |
| 1.4.2 Formalidades y procedimientos..... | 301 |
| 1.4.3 Participación de la autoridad de emisión..... | 302 |
| 1.4.4 Disposiciones en materia de protección de datos y costes | 303 |
| 2. DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN..... | 305 |
| 2.1 <i>Definición y ámbito de la orden europea de investigación</i> | 305 |
| 2.2 <i>Regulación específica de algunas medidas comprendidas dentro del ámbito de la orden europea de investigación</i> | 310 |
| 2.2.1 Traslado temporal de detenidos con el fin de llevar a cabo una medida de investigación..... | 311 |
| 2.2.2 Comparecencia por medios técnicos | 315 |
| 2.2.3 Información bancaria y financiera..... | 320 |
| 2.2.4 Medidas de aseguramiento de pruebas..... | 324 |
| 2.2.5 Investigación en tiempo real e investigaciones encubiertas | 327 |
| 2.2.6 Intervención de telecomunicaciones | 330 |
| 2.3 <i>Contenido de la orden europea de investigación</i> | 334 |
| 2.3.1 Régimen de las medidas incluidas en la OEI | 335 |
| 2.3.2 Formalidades y procedimientos en la práctica de la diligencia de investigación | 342 |
| 2.3.3 Participación de la autoridad de emisión en la ejecución de la OEI | 344 |
| 2.3.4 Costes | 348 |

| | |
|--|------------|
| 2.3.5 Protección de datos personales en la D/OEI | 348 |
| CAPÍTULO VIII | 353 |
| LA EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN | 353 |
| 1. EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA..... | 353 |
| 1.1 Tipos de procedimientos en los que cabe emitir el exhorto..... | 353 |
| 1.2 Autoridades de emisión del exhorto europeo de prueba | 354 |
| 1.3 Condiciones para la emisión del exhorto europeo de prueba..... | 360 |
| 1.4 Iniciativa y procedimiento para la emisión del exhorto europeo de obtención de prueba | 364 |
| 1.5 Documentación del exhorto europeo de prueba..... | 369 |
| 1.6 La transmisión del exhorto europeo de prueba..... | 371 |
| 1.7 Utilización de las pruebas obtenidas a través del EEP | 373 |
| 2. EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN | 376 |
| 2.1 Tipos de procedimientos en los que cabe la emisión de la orden europea de investigación | 376 |
| 2.2 La designación de las autoridades de emisión en la orden europea de investigación | 376 |
| 2.3 Condiciones para la emisión de la orden europea de investigación..... | 382 |
| 2.4 Revisión de las condiciones de emisión de la OEI por la autoridad de ejecución.... | 384 |
| 2.5 Procedimiento de emisión de la orden europea de investigación | 386 |
| 2.6 Documentación de la orden europea de investigación..... | 388 |
| 2.7 Transmisión..... | 390 |
| 2.8 Principio de especialidad en la utilización de las pruebas obtenidas a través de la OEI | 392 |
| 3. RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRA LA EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN . | 393 |
| CAPÍTULO IX | 401 |
| LA EJECUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA Y DE INVESTIGACIÓN..... | 401 |
| 1. EJECUCIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA | 401 |
| 1.1 La designación de las autoridades de ejecución..... | 401 |
| 1.2 El proceso de reconocimiento y ejecución del exhorto europeo de prueba | 405 |
| 1.2.1 Fases del procedimiento de reconocimiento y ejecución | 405 |
| 1.2.2 Régimen jurídico aplicable a la ejecución del EEP..... | 407 |
| 1.2.3 Plazos en el proceso de reconocimiento y ejecución..... | 410 |
| 1.2.4 Traslado del objeto, documento o dato | 411 |

| | |
|---|-----|
| 2. EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN | 412 |
| 2.1 <i>La designación de las autoridades de ejecución de la OEI</i> | 412 |
| 2.2 <i>El proceso de reconocimiento y ejecución de la OEI</i> | 417 |
| 2.2.1 Recepción del certificado, incoación del procedimiento y acuse de recibo | 417 |
| 2.2.2 Régimen jurídico de la ejecución de la OEI..... | 420 |
| 2.2.3 Procedimiento específico para determinadas medidas de investigación | 423 |
| 2.2.4 Plazos | 425 |
| 2.2.5 Traslado de la prueba | 426 |
| 3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO O DE LA EJECUCIÓN | 427 |
| 3.1 <i>Causas de denegación comunes al EEP y a la OEI</i> | 428 |
| 3.1.1 Doble tipificación de la conducta..... | 428 |
| 3.1.1.1 La regulación de la doble tipificación de la conducta en los instrumentos de reconocimiento mutuo | 428 |
| 3.1.1.2 La doble tipificación de la conducta en el EEP..... | 431 |
| 3.1.1.3 La doble tipificación de la conducta en la OEI | 436 |
| 3.1.1.4 La doble tipificación de la conducta y la responsabilidad penal de las personas jurídicas | 437 |
| 3.1.2 Imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar | 438 |
| 3.1.3 <i>Ne bis in idem</i> | 441 |
| 3.1.3.1 Concepto y base normativa | 442 |
| 3.1.3.2 Interpretación jurisprudencial europea sobre el <i>ne bis in idem</i> | 444 |
| 3.1.3.3 Aplicación del <i>ne bis in idem</i> a los instrumentos de reconocimiento mutuo para obtención de prueba | 448 |
| 3.1.4 Inmunidad..... | 451 |
| 3.1.5 Territorialidad y extraterritorialidad..... | 453 |
| 3.1.6 Seguridad nacional, protección de la fuente de información y utilización de información clasificada | 458 |
| 3.2 <i>Causas específicas del EEP</i> | 459 |
| 3.2.1 Defectos en el formulario | 459 |
| 3.2.2 Ausencia de validación..... | 460 |
| 3.3 <i>Causas específicas de denegación de la OEI</i> | 460 |
| 3.3.1 Infracción de derechos fundamentales | 460 |
| 3.3.2 Ausencia de consentimiento del afectado por la medida..... | 465 |
| 3.3.3 Prolongación de la detención | 469 |
| 3.3.4 Ausencia de consenso entre las autoridades de emisión y de ejecución | 470 |
| 4. RÉGIMEN DE RECURSOS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN EN EL EEP Y EN LA OEI..... | 471 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO X | 479 |
| LA ADMISIBILIDAD EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL DE LA PRUEBA TRANSNACIONAL | 479 |
| 1. CUESTIONES PREVIAS..... | 479 |
| 2. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO..... | 479 |
| 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 481 |
| 4. CUESTIONES GENERALES | 486 |
| 4.1 Transmisión de procedimientos..... | 486 |
| 4.2 Autorización en el proceso español de la obtención de la prueba en el extranjero.... | 489 |
| 4.3 Participación de las autoridades españolas y de las partes procesales en la obtención de prueba en otro Estado..... | 493 |
| 4.4 Ilícitud derivada de la intermediación de los actores facilitadores de la cooperación penal internacional..... | 494 |
| 4.5 Formalidades y procedimientos de la legislación española | 497 |
| 5. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN CONCRETAS | 498 |
| 5.1 Diligencias de investigación con intervención del sujeto pasivo del proceso penal... | 499 |
| 5.2 Declaraciones de testigos..... | 503 |
| 5.3 Diligencias de investigación con la víctima..... | 505 |
| 5.4 Videoconferencia | 506 |
| 5.5 Datos de ADN..... | 509 |
| 5.5.1 Problemática en relación con la obtención de muestras de ADN..... | 510 |
| 5.5.1.1 Recogida de vestigios..... | 510 |
| 5.5.1.2 Toma de muestras del investigado | 511 |
| 5.5.2 Problemática relativa a la cooperación internacional que se cursa tras el resultado positivo en la consulta automatizada | 513 |
| 5.5.2.1 Limitaciones basadas en cómo se obtuvo el dato de ADN | 514 |
| 5.5.2.2 Limitaciones relativas a la conservación/cancelación de esta información en las bases de datos | 514 |
| 5.6 Diligencias periciales..... | 515 |
| 5.7 Agentes encubiertos..... | 516 |
| 5.7.1 Agente español que actúa como encubierto en el extranjero | 518 |
| 5.7.2 Agente policial extranjero que actúa como encubierto en España | 519 |
| 5.8 Incautación de objetos | 520 |
| 5.9 Entregas vigiladas..... | 522 |
| 5.10 Entradas y registros..... | 524 |
| 5.11 Intervenciones telefónicas | 524 |

| | |
|---|-----|
| 5.12 Equipos conjuntos de investigación | 527 |
| 5.13 Antecedentes penales..... | 529 |
| 5.14 Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos y vigilancia con dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen | 530 |
| 5.15 Información recibida de servicios de seguridad de otros Estados..... | 530 |
| 6. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO | 533 |
| 6.1 Exhorto europeo de obtención de prueba | 534 |
| 6.2 Orden europea de investigación..... | 536 |
| CONCLUSIONES | 539 |
| RESUMEN EN INGLÉS (ABSTRACT) | 547 |
| BIBLIOGRAFÍA | 549 |

ABREVIATURAS

BOE Boletín Oficial del Estado

CAAS/1990 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio 1995

CCE Célula coordinación de emergencias de Eurojust

CCE/1959 Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal del Consejo de Europa de 1959

CCE/1972 Convenio europeo de transmisión de procedimientos en materia penal de 15 de mayo de 1972

CCE/B/1990 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito del Consejo de Europa de 8 de noviembre de 1990

CCE/B/2005 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito del Consejo de Europa de 16 de mayo de 2005

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

COMJIB Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos

CUE/2000 Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000

D Directiva

D/OEI Directiva Orden Europea de Investigación

D/OEP Directiva Orden Europea de Protección

DC Decomiso

DM Decisión Marco

DM/DC Decisión Marco decomiso

DM/EECCII Decisión Marco de equipos conjuntos de investigación

DM/EEP Decisión Marco exhorto europeo de prueba

DM/EPYAP Decisión Marco embargo preventivo y aseguramiento de prueba

DM/LV Decisión Marco de libertad vigilada

DM/MMAA Decisión Marco de medidas alternativas a la prisión provisional

DM/OEDE Decisión Marco de orden europea de detención y entrega

DM/PPL Decisión Marco de penas privativas de libertad

DM/SP Decisión Marco de sanciones pecuniarias

DOUE Diario Oficial de la Unión Europea

EECCII Equipos conjuntos de investigación

FE Fiscalía Europea

FGE Fiscalía General del Estado

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO Ley Orgánica

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

NNUU Naciones Unidas

P/CUE/2001 Protocolo al Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 16 de octubre de 2001

PAO Plan de Acción Operativo

R/EECCII Red europea de equipos conjuntos de investigación

REJUE Red Judicial Española de Cooperación Internacional

RESEJ Red de Secretarios Judiciales de Cooperación Internacional

R/FE Futuro Reglamento de la Fiscalía Europea

RJE Red Judicial Europea

SIS Sistema de Información Schengen
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STS Sentencia Tribunal Supremo
TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE Tratado de la Unión Europea
UE Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La necesidad de los Estados soberanos de cooperar entre sí en asuntos penales se remonta a siglos pasados. Si bien originariamente esta cooperación se circunscribía a la entrega de personas que tras delinquir en un Estado se refugiaban en otro, paulatinamente las posibilidades de cooperación se han visto significativamente incrementadas. Hoy día es habitual, por ejemplo, que la cooperación consista en el traslado de penados, en el embargo o en el decomiso de bienes. El objeto de la asistencia judicial internacional puede consistir también en investigar y obtener prueba para el proceso penal. Será en esta doble finalidad, investigadora o probatoria, en la que centraremos nuestro estudio.

En fase de instrucción el elenco de diligencias de investigación que pueden llevarse a cabo en el extranjero también es muy amplio. La petición de asistencia puede consistir en solicitar que se oiga a un investigado o a un testigo, registrar un domicilio, intervenir comunicaciones telefónicas o infiltrar un agente encubierto; en definitiva, cualquier diligencia con la que se pretenda esclarecer los hechos presuntamente típicos, sin perjuicio de que éstos tengan que ser debidamente acreditados durante el enjuiciamiento posterior. A propósito de esta observación conviene que recordemos que por prueba entiende la doctrina procesalista aquella actividad procesal de las partes (de demostración) y del juez (de verificación) por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso¹. Como tal, por tanto, la prueba tiene lugar en el acto del juicio oral en una fase del proceso penal posterior a la investigación.

En las páginas siguientes, sin embargo, utilizaremos un concepto impropio de “prueba” abarcando ambas actividades procesales, tanto las que tienen lugar durante la fase de investigación como a las del juicio oral. Asimismo nos referiremos a *prueba transfronteriza* o *prueba transnacional* en relación con aquella prueba -en el sentido amplio expuesto- que, practicada u obtenida en un Estado, está llamada a surtir efecto en otro, aquel que conoce del proceso penal en el que la prueba resulta necesaria. Es también indispensable precisar que durante todo este estudio que ahora comenzamos nuestra perspectiva será española, es decir, centraremos nuestra atención en los mecanismos jurídicos de que disponen nuestras autoridades judiciales para investigar y obtener prueba en el extranjero (*cooperación activa*) y también en las actuaciones que deben llevar a cabo estas mismas autoridades españolas cuando reciben solicitudes de asistencia judicial que tienen como finalidad que en España se recabe prueba para el proceso penal extranjero (*cooperación pasiva*).

Pues bien, hechas estas consideraciones iniciales, resulta imprescindible clasificar los diferentes mecanismos jurídicos de que disponemos en España para la obtención de prueba penal transfronteriza, pues sólo así podremos tratar de abordarlos de manera sistemática:

a) En los primeros momentos de la cooperación judicial eran decisivas las relaciones bilaterales entre los Estados. El principio de reciprocidad en la asistencia judicial era la base de la cooperación y en muchos casos se trasladó este principio al ámbito normativo a través de tratados bilaterales. Aunque estos tratados sean la forma más antigua (y básica) de asistencia legal mutua lo cierto es que aún hoy día gozan de un protagonismo

¹ Cfr. MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia, 2011, pág. 300.

indiscutible en la cooperación judicial española en determinados ámbitos geográficos, como Iberoamérica.

b) Una segunda modalidad de asistencia pivota sobre organizaciones internacionales de ámbito mundial, que se dotan de convenios vinculantes para los Estados miembros que acceden a ratificarlos. Los mecanismos asistenciales pasan así a ser multilaterales, con una proyección geográfica en ocasiones casi mundial, pero como contrapartida el objeto de la cooperación se circunscribe a materias específicas, generalmente a formas graves de delincuencia. En esta línea merece especial atención, por sus singulares características, la asistencia judicial no ya con otro Estado, sino con la Corte Penal Internacional y los Tribunales Penales Internacionales. Resulta necesario su análisis somero porque también en estos casos hay una prestación de asistencia para la obtención de prueba, si bien por definición ésta no tendrá lugar nunca para el proceso penal español, sino para los seguidos ante estos tribunales internacionales.

c) Una singular forma de cooperación es la que tiene lugar en zonas geográficas específicas en atención a la mayor imbricación de los Estados que conforman estos ámbitos. En nuestro entorno europeo, la primera referencia obligada son los convenios y protocolos del Consejo de Europa², todavía hoy día auténticos pilares de la cooperación judicial penal.

d) Partiendo de las bases sólidamente establecidas por el Consejo de Europa, el proceso de integración que supone la Unión Europea (en adelante UE) ha generado su propia normativa de cooperación judicial penal. Inicialmente adoptó la forma tradicional de asistencia legal mutua mediante convenios y protocolos, que actualmente siguen siendo los mecanismos esenciales de la cooperación judicial penal para la obtención de prueba transnacional dentro de la Unión. Aunque tengan como punto de partida la asistencia convencional, especial atención merecerá la investigación y obtención de prueba a través de los equipos conjuntos de investigación. A partir de ahí será necesario dar un paso más y distinguir dos formas peculiares de obtener prueba dentro de la UE: aquella que no precisa una expresa actividad de cooperación, porque si está disponible para un Estado de la UE lo estará también para los demás - como los antecedentes penales - y aquella que se basa en un principio distinto a la cooperación entre Estados soberanos, que era el fundamento de la asistencia convencional, la que se basa en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Recientemente la UE ha venido promulgando nuevos mecanismos jurídicos que permitirán a los Estados miembros investigar y obtener prueba desde un nuevo paradigma: la consagración del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sustituirá - casi íntegramente - a los mecanismos de asistencia convencional, dotando de eficacia, agilidad y (casi) automatismo a la asistencia penal entre las autoridades judiciales del espacio europeo. Pero también pueden suponer un reto adicional en el compromiso de los Estados miembros con la protección de los derechos fundamentales, muy singularmente, con el derecho a un juicio justo. Analizar estos nuevos instrumentos de reconocimiento mutuo, por asentarse sobre una base jurídica

² Para una clasificación similar a la expuesta cfr. CARMONA RUANO, M., “Formas específicas de asistencia judicial (II). La adaptación a las (así llamadas) nuevas tecnologías” en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XIII, 2003, pág. 194. Asimismo, para un estudio del concepto “cooperación jurídica internacional”, su contenido, fundamento y evolución cfr. ARNÁIZ SERRANO, A., “Evolución de la cooperación judicial penal internacional”, *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág.3.

novedosa y casi revolucionaria para la obtención de la prueba transnacional, centrará la mayor parte de nuestra atención a lo largo de todo este estudio. En relación con estos instrumentos será preciso aludir también a la normativa propia para su ejecución en España, pues si bien la prueba que así se recabe estará destinada, en principio, a un proceso penal de otro Estado miembro no es descartable que finalmente ese proceso resulte siendo español o que, por cualquier otra circunstancia, lo obtenido deba desplegar eficacia probatoria también ante nuestros tribunales.

Por otra parte, y de manera común para todas las formas posibles de cooperación judicial en el ámbito penal, la incorporación de la prueba transnacional al proceso español nos conduce inexorablemente al estudio de las condiciones necesarias para su admisibilidad y a la problemática de su licitud, cuestión a la que dedicaremos el último de los capítulos de esta obra.

Expuestas las líneas generales de las materias que serán objeto de estudio, debemos realizar una primera aproximación a la normativa interna española que, como no puede ser de otra manera, regirá la cooperación internacional penal de nuestras autoridades judiciales. Sabido es que no contamos en España con una ley de cooperación judicial penal internacional, ni activa ni pasiva, que regule de manera general la obtención y admisibilidad de la prueba penal transfronteriza. Por el contrario, son normas dispersas las que abordan la espinosa cuestión de cómo deben nuestras autoridades judiciales solicitar y prestar la asistencia judicial necesaria para la obtención de prueba transnacional o cómo debe tratarse en España la admisibilidad de la prueba obtenida en el extranjero (materia esta última que descansa de manera casi exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien será preciso reflexionar sobre los términos en los que esta teoría general ha sido construida y si los actuales mecanismos promulgados en la UE obligan a su revisión). El marco normativo, vayamos adelantándolo, además de disperso es insuficiente e ineficaz para dotar de una mínima seguridad jurídica a esta materia. Viene constituido por preceptos aislados de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) - comunes para todas las jurisdicciones - y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim). A esto habrá que añadir alguna disposición de carácter reglamentario.

En lo que a la LOPJ concierne, dentro del Libro III (“Del régimen de los Juzgados y Tribunales”), Título III (actuaciones judiciales) el capítulo VIII se dedica a la cooperación jurisdiccional. Pero sólo los tres últimos artículos del capítulo (concretamente los artículos 276-278 LOPJ) se refieren a la cooperación *internacional*. Son normas de carácter general que se limitan a establecer principios básicos de la cooperación internacional en relación con todo tipo de órdenes jurisdiccionales. La reciente Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio³ ha modificado la LOPJ dando una nueva redacción a estos preceptos. En el nuevo articulado se consagra el principio general de que las peticiones de cooperación internacional se tramitarán de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas que resulten de aplicación (art. 276 LOPJ) y conforme a estos mismos parámetros se prestará la asistencia por nuestras autoridades (art. 277 LOPJ) en lo que entendemos pretende ser una distinción entre la cooperación judicial activa y pasiva de las autoridades judiciales españolas.

El nuevo artículo 276 LOPJ parece querer referirse únicamente a la cooperación activa, es decir, cuando son las autoridades españolas las que recaban la asistencia

³ BOE de 22 de julio de 2015.

de autoridades de otros Estados, reservándose el artículo 277 LOPJ a la pasiva, cuando son las autoridades españolas las que resultan interpeladas a llevar a cabo actuaciones procesales para el proceso que se siguen en el extranjero. Entenderlo de otra manera no permitiría distinguir entre el contenido de ambos preceptos, idénticos en lo sustancial. Ahora bien, si esta era la finalidad, el uso del término “tramitarán” del artículo 276 LOPJ es equívoco, porque también las peticiones extranjeras, cuando se reciben en España para su ejecución, *se tramitan* por nuestros órganos judiciales. Quizás hubiera sido preferible otra expresión para introducir la connotación de cooperación activa, como que las autoridades españolas “recabarán” la asistencia de las autoridades extranjeras, por contraposición al artículo 277 LOPJ donde la referencia a que *prestarán* asistencia hace clara alusión a la cooperación pasiva por parte de nuestras autoridades.

La reforma incide de manera sustancial en el fundamento residual en el que hasta ahora se basaba la cooperación penal internacional española en defecto de convenio o ley aplicable: la reciprocidad. El antiguo artículo 277 LOPJ disponía que la cooperación se prestaría de conformidad con los convenios y, en su defecto, por reciprocidad, remitiendo al artículo siguiente que exigía que la reciprocidad se acreditase (por el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia español) o se ofreciera por la autoridad judicial extranjera. En caso de que el fundamento jurídico de la asistencia fuera la reciprocidad la autoridad judicial española podría denegar la asistencia conforme a los criterios que se detallaban en ese artículo. El nuevo artículo 278 LOPJ recoge unas causas similares, sólo con ligeras modificaciones, pero sin hacer ya de la reciprocidad el presupuesto para que entren en funcionamiento. No obstante, este artículo entendemos que tiene que ser interpretado partiendo de la premisa general establecida en el artículo 277 LOPJ, que remite a la normativa convencional y de la UE, además de a la española que resulte de aplicación. En este sentido, si un convenio permite la denegación por motivos distintos a los enumerados en el artículo 278 LOPJ no cabe duda de que la autoridad judicial española, ante la supremacía de este instrumento convencional, podrá denegar la asistencia que le ha sido solicitada. Asimismo, si una determinada petición de asistencia se incardina en una ley española específica, como por ejemplo en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva⁴, ésta debe prevalecer. Los criterios recogidos en el artículo 278 LOPJ, en consecuencia, desplegarán toda su eficacia cuando no exista convenio o legislación específica que regule esa concreta petición de asistencia con ese concreto Estado, en definitiva, ante ausencia de un marco jurídico expreso. Pero esta ausencia no es equivalente a la reciprocidad. Puede prestarse asistencia o recabarse aun cuando no haya reciprocidad acreditada u ofrecida, o incluso, aunque se haya acreditado precisamente lo contrario.

Consideramos que la supresión de la reciprocidad tiene un significado. De algún modo, la prestación de asistencia por nuestras autoridades tiene ahora una naturaleza estrictamente jurídica (pues jurídicos son todos los criterios que se recogen en el art. 278 LOPJ) habiendo desaparecido la connotación política que implicaba el hecho de que el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, informase a nuestras autoridades sobre si existía o no reciprocidad en relación con un concreto Estado.

Los actuales criterios del artículo 278 LOPJ para denegar la asistencia son del siguiente tenor literal:

- 1.º Cuando el objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público.

⁴ BOE 26 de marzo de 1985.

2.º Cuando el proceso de que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española.

3.º Cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida. En tal caso, ésta remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, informando de ello a la autoridad judicial requirente.

4.º Cuando la solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos mínimos exigidos por las leyes para su tramitación.

Una primera aproximación a estos criterios de la LOPJ nos alerta ya sobre la dificultad de su aplicación a un concreto orden jurisdiccional, el penal, sin contar con una ley que los desarrolle en este concreto ámbito. Discutible es, desde luego, qué debemos entender por orden público. Tampoco es pacífico qué contenido y requisitos debe tener la solicitud de cooperación internacional si ninguna ley específica en el ámbito penal especifica cuáles son éstos. Y la ausencia de una ley que regule la cooperación judicial penal española se hace aún más llamativa desde la reciente promulgación del texto legal que regula esta actividad en la jurisdicción civil⁵.

Comparativamente con la LOPJ, en la LECrim tampoco encontramos una regulación mucho más detallada. Sólo dos preceptos, el artículo 193 y el artículo 194 LECrim, hacen referencia a esta materia, con la única característica digna de mención de que aluden a la reciprocidad como fundamento de la prestación de asistencia.

Al margen de estas escuetas previsiones generales, fruto de la dispersión que anticipábamos, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con leyes sectoriales que inciden en la investigación y la obtención de prueba transnacional. Pero la aplicación de estas leyes viene condicionada por dos importantes características: delimitación geográfica - registrarán únicamente dentro de la Unión Europea - y objetiva - se circunscriben a determinadas materias, como los equipos conjuntos de investigación o los instrumentos de reconocimiento mutuo-. Estas leyes serán tratadas en detalle en sendos capítulos de este estudio.

Finalizando ya con esta somera descripción de la normativa general que regula en España la cooperación judicial internacional en materia penal, resta que mencionemos las disposiciones que, aún de ámbito reglamentario, atañen a cómo debe solicitarse y prestarse esta asistencia por parte de los órganos judiciales españoles.

Nos referimos a sendos reglamentos aprobados por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ):

- Reglamento 1/2005, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales⁶: dedica el Título IV a la cooperación jurisdiccional, específicamente el capítulo II a la internacional. La sección 1º regula la práctica de actuaciones judiciales en el extranjero por los Juzgados y Tribunales españoles, es decir, la cooperación judicial activa, remitiendo a la LOPJ, a las leyes procesales, a las normas de la UE y a los tratados y convenios Internacionales de los que España sea parte (art. 74). Detalla el procedimiento administrativo que debe seguirse para que los jueces sean autorizados

⁵ Nos referimos a la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE de 31 de julio de 2015).

⁶ BOE de 27 de septiembre de 2005.

a desplazarse a otro Estado para estar presentes durante la práctica de la actuación procesal de que se trate (art. 77). La sección 2ª se refiere a la cooperación pasiva, obligando al receptor de la solicitud a acusar recibo. Prevé también la posibilidad de recabar asistencia o coordinación de los órganos técnicos del CGPJ si la solicitud de auxilio judicial afecta al territorio de varias demarcaciones judiciales o cuando conste la existencia de varias solicitudes de auxilio relacionadas entre sí (art. 78). Finalmente, la sección 3ª regula la Red Judicial Española de Cooperación Jurídica Internacional, red interna conformada por magistrados especialistas en cooperación civil y penal sobre la que volveremos más adelante.

- Reglamento 2/2010, sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales⁷: el artículo 15 obliga a que las solicitudes de cooperación judicial internacional sean objeto de registro y reparto específico, debiendo indicarse el órgano y el Estado de procedencia, si pertenece o no al espacio judicial europeo, la diligencia interesada, la persona con quien ha de entenderse la diligencia y, en su caso, el plazo de cumplimiento. Exige también que el servicio común acuse recibo a la autoridad judicial requirente, indicando el órgano judicial o servicio común procesal encargado de ejecutarla y los datos de contacto de dicho órgano o servicio. Por lo demás, establece determinadas supuestos en los que el reparto puede instarse que sea realizado de manera urgente.

Este marco reglamentario se ha demostrado claramente insuficiente para garantizar una respuesta eficaz por parte de las autoridades judiciales españolas a los retos que supone la cooperación internacional en nuestro país, tanto activa como pasiva. Esta ineficacia se ha tratado de solventar por diferentes vías: en determinados partidos judiciales el importante número de solicitudes de asistencia judicial internacional penal recibidas anualmente hizo aconsejable la especialización de concretos órganos, especialización que lógicamente se refiere sólo a cooperación pasiva. En estos casos sólo un juzgado recibe la totalidad de las comisiones rogatorias que deben ejecutarse en ese territorio. En otros la especialización viene dada por el tipo de instrumento de reconocimiento mutuo de que se trate. La consecuencia de la especialización en ambos casos ha sido, sin género de dudas, una gestión más eficaz⁸. Ante la ausencia de previsión reglamentaria esta especialización, basada en el voluntarismo de los titulares de dichos órganos judiciales, se ha articulado mediante la modificación de las normas de reparto de ese concreto partido, normas que son aprobadas por las respectivas Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y remitidas posteriormente al CGPJ. Sin desconocer las ventajas de este sistema, lo cierto es que precisamente por apoyarse en la exclusiva voluntad de los integrantes de los órganos afectados no es extrapolable a toda la geografía española. En el resto de los partidos judiciales persiste un conjunto de problemas frecuentes, que van desde la mera localización de las comisiones rogatorias recibidas hasta la detección de duplicidades – habitual si la comisión rogatoria se ha enviado por distintas vías - pasando por la falta de una formación especializada que resulta precisa para aplicar la compleja normativa internacional en que se basa la petición de asistencia internacional.

⁷ BOE de 12 de marzo de 2010.

⁸ Ejemplos de órganos judiciales con competencia exclusiva para la ejecución de todo tipo de comisiones rogatorias son el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Marbella o el Juzgado de Instrucción número 4 de Torremolinos. En relación con determinados instrumentos de reconocimiento mutuo, sólo dos Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Madrid ejecutan las órdenes europeas de protección que se reciban en ese partido judicial.

En este panorama tan desolador se vislumbran algunos cambios. La Ley Orgánica 4/2013 de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial⁹, modificó el artículo 560.1 apartado 16º LOPJ relativo a la potestad reglamentaria del CGPJ, mencionando expresamente que incluiría “ k) la organización y gestión de la actuación de los órganos judiciales españoles en materia de cooperación jurisdiccional interna e internacional”. Debido a la insuficiente regulación legal y reglamentaria actual, al incremento de la complejidad de la cooperación en materia penal -específicamente para la obtención de prueba transnacional- y a las posibilidades que abre esta nueva redacción de la LOPJ a través de la mayor concreción de la potestad reglamentaria del Pleno del CGPJ en esta área, la Comisión Permanente de este órgano, mediante el reciente acuerdo 4.4 de 2 de julio de 2015, ha ordenado a los servicios técnicos la preparación de un texto articulado a modo de propuesta de *Reglamento de Organización y Gestión de la actividad de cooperación jurisdiccional internacional de los órganos judiciales españoles*, para, en su caso, someterlo a aprobación del Pleno del CGPJ.

Estamos, en definitiva, en un periodo de intenso cambio en lo que se refiere a la cooperación judicial internacional española para la investigación y obtención de prueba penal transnacional. Algunos cambios son de índole legislativa, otros de carácter organizativo. A todos ellos dedicaremos nuestro estudio en esta obra, planteando muchas dudas que surgen pero también tratando de aportar, en la medida de nuestras posibilidades, algunas propuestas y soluciones.

⁹ BOE de 29 de junio de 2013.

CAPÍTULO I

MECANISMOS CONVENCIONALES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL

1. CONVENIOS BILATERALES- *1.1 Ámbito de aplicación-1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación-1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud-1.4 Legislación aplicable a la prestación de asistencia-1.5 Participación del requirente en la práctica de la asistencia-1.6 Gastos-1.7 Causas de denegación o de limitación de la asistencia-1.8 Uso de la prueba obtenida-1.9 Incidencia de convenios suscritos por la Unión Europea en la cooperación bilateral española: los casos singulares de la cooperación con Estados Unidos y Japón* -2. CONVENIOS MULTILATERALES-2.1 Naciones Unidas-2.1.1.Ámbito de aplicación-2.1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación-2.1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud-2.1.4 Legislación aplicable a la prestación de asistencia-2.1.5 Gastos-2.1.6 Causas de denegación o de limitación de la asistencia-2.1.7 Uso de la prueba obtenida-2.2 Conferencia de Ministros de Justicia de países Iberoamericanos-3.LA COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES-3.1 *Los Tribunales Internacionales* -3.2 *La Corte Penal Internacional*-3.2.1 Ámbito de aplicación-3.2.2 Regulación específica de algunas dirige-3.2.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud-3.2.4 Legislación aplicable a la prestación de asistencia-3.2.5 Gastos-3.2.6 Causas de denegación o de limitación de la asistencia- 4. CONVENIOS DEL CONSEJO DE EUROPA -4.1. *Instrumentos específicos de cooperación judicial: el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959*-4.1.1 Ámbito de aplicación-4.1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación-4.1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud-4.1.4 Legislación aplicable a la prestación de asistencia-4.1.5 Participación del requirente en la práctica de la asistencia-4.1.6 Gastos-4.1.7 Uso de la prueba obtenida-4.1.8 Causas de denegación de la asistencia-4.1.9 Protocolos-4.2. *Otros instrumentos del Consejo de Europa*-4.2.1. Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, número 73 del Consejo de Europa-4.2.2. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, número 141 del Consejo de Europa y Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, número 198 del Consejo de Europa-4.2.3. Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, número 197 del Consejo de Europa-4.2.4. Convenio para la represión del terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y Convenio para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, números 90 y 196-4.2.5. Convenio sobre ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, número 185 del Consejo de Europa-4.2.6 Convenio penal sobre la corrupción, número 173 del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999-4.2.7 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011-4.2.8 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007-5.CONVENIOS DE LA UNIÓN EUROPEA-5.1 *El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, hecho en Schengen el 19 de junio de 1990*-5.1.1 Ámbito general de

aplicación-5.1.2 Cooperación policial-5.1.3 El Sistema de Información Schengen (o sistema SIS)-5.2 *El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000*-5.2.1 Ámbito, contenido y transmisión de las solicitudes-5.2.2 Legislación aplicable a la prestación de asistencia-5.2.3 Regulación específica de algunas diligencias de investigación-5.2.4 Protocolo hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001-6.PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA AUSENCIA DE UNA LEY ESPAÑOLA QUE REGULE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL CONVENCIONAL EN MATERIA PENAL -6.1 *Cooperación activa* -6.2 *Cooperación pasiva*

CAPÍTULO I

MECANISMOS CONVENCIONALES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL

1. CONVENIOS BILATERALES

Tradicionalmente las relaciones bilaterales de cooperación judicial penal internacional descansaban en la reciprocidad. Esta reciprocidad se recogía en tratados de carácter bilateral, que son el mecanismo clásico – y más elemental- del que se sirven los Estados para contraer obligaciones en el ámbito de la asistencia legal mutua.

En los convenios bilaterales más antiguos la asistencia judicial en materia penal no era objeto de un convenio propio que regulase las distintas formas de cooperación judicial entre Estados. Por el contrario, dentro de los tratados bilaterales referidos a la extradición se integraba la asistencia judicial en general, dedicándole en ocasiones un único artículo. La extradición, en cuanto petición de auxilio entre Estados para que uno de ellos entregue al responsable de un ilícito penal que está siendo investigado o enjuiciado en el otro, es la más antigua e importante petición de cooperación internacional, de modo que merecía un tratado específico; el resto de las peticiones de asistencia internacional tenían un carácter accesorio o secundario en relación con aquella¹⁰. Así se refleja en los convenios de extradición que, habiendo sido ratificados en el siglo XIX, aún permanecen vigentes. Es el caso de los Tratados de Extradición con Cuba¹¹, Guatemala¹², Liberia¹³ y Mónaco¹⁴. En todos ellos se dedica una escueta regulación a las peticiones de asistencia que tengan un objeto diferente del extradicional. Pueden destacarse las siguientes características comunes a esta regulación:

- Se excluye la cooperación cuando estemos ante delitos políticos;
- En algunos supuestos, como el tratado con Cuba o con Guatemala, se explicita que la ley aplicable a la actuación solicitada es la ley del Estado requerido;
- La vía de transmisión es siempre la diplomática o consular;
- Se menciona expresamente qué Estado debe sufragar los gastos que el auxilio judicial origine.

¹⁰ Esta distinta importancia tenía trascendencia incluso en la terminología: tradicionalmente la “asistencia mayor” hacía referencia a la extradición mientras que bajo el término “asistencia menor” se englobaban otras peticiones como las citaciones, los emplazamientos y las notificaciones.

¹¹ Artículo 14 del Tratado de Extradición entre España y Cuba de 26 de octubre de 1905 (GM 1 de agosto de 1906).

¹² Artículo 19 del Tratado de Extradición entre España y Guatemala de 7 de noviembre de 1895 (GM 10 de junio de 1987).

¹³ Artículo 18 del Tratado de Extradición entre España y Liberia de 12 de diciembre de 1894 (GM 15 de junio de 1895).

¹⁴ Artículo 9 a 12 del Tratado de Extradición entre España y Mónaco de 3 de abril de 1882 (GM 5 de diciembre de 1882).

En otros casos el tratado de extradición supuso la derogación del convenio sobre asistencia judicial, y, al no regularse esta materia en el nuevo tratado, se hizo descansar de nuevo la cooperación judicial en el principio general de reciprocidad¹⁵.

Pero de entre los vigentes, numéricamente son más significativos los instrumentos bilaterales expresamente dedicados a la asistencia judicial mutua. Es claro que una revisión histórica de los suscritos por España en los últimos siglos excedería del propósito de la presente investigación, por lo que nos centraremos sólo en exponer las líneas generales de los que hoy día permanecen en vigor¹⁶.

España tiene suscritos convenios específicos de asistencia judicial en materia penal con los siguientes países: Argentina¹⁷, Australia¹⁸, Bolivia¹⁹, Bosnia-Herzegovina²⁰, Brasil²¹, Cabo Verde²², Canadá²³, Chile²⁴, China²⁵, Colombia²⁶, Corea²⁷, El Salvador²⁸,

¹⁵ Es el caso de Costa Rica, país con el que España tenía suscrito un Tratado de extradición de malhechores de fecha 16 de noviembre de 1896 en cuyos artículos 17 y 19 se regulaba la cooperación judicial en materia penal. Derogado por el vigente Tratado de extradición hecho en Madrid el 23 de octubre de 1997 (BOE de 23 de julio de 1998) desaparece la base convencional; para recabar o prestar cualquier otro tipo de asistencia dentro del proceso penal hay que acudir al principio general de reciprocidad. Idéntico caso es el de Venezuela, país con el que España tenía suscrito el Tratado de extradición de delincuentes, que fue firmado en Caracas el 22 de enero de 1894 y cuyos artículos 19 y 22 regulaban la cooperación judicial penal. Al derogarse dicho Tratado en virtud del nuevo convenio de extradición, de 4 de enero de 1989 (BOE de 8 de diciembre de 1990) y dada la falta de previsión en éste último de normativa general de cooperación, la única base legal en que sustentar la asistencia judicial es el principio de reciprocidad. Con otros países, por ejemplo Nicaragua, hay vigente Tratado de extradición (12 de noviembre de 1997, publicado en BOE 30 de septiembre de 2000) pero en él nada se regula sobre las demás solicitudes de asistencia judicial.

¹⁶ Una recopilación de los tratados bilaterales, aunque no actualizada, la encontramos en “Convenios de asistencia jurídica internacional en materia penal”, publicada por el Ministerio de Justicia en 2008.

¹⁷ Instrumento de ratificación del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987 (BOE de 17 de junio de 1990).

¹⁸ Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Australia, hecho en Madrid el 3 de julio de 1989 (BOE de 12 de enero de 1991).

¹⁹ Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre asistencia judicial en materia penal, hecho ad referendum en La Paz el 16 de marzo de 1998 (BOE de 2 de marzo de 2000).

²⁰ Convenio de asistencia judicial en materia penal y extradición entre España y la República Socialista Federativa de Yugoslavia, hecho en Belgrado el 8 de julio de 1990 (BOE de 9 de junio de 1992) y Canje de cartas entre los Ministros de Asuntos Exteriores del Reino de España y de la República de Bosnia-Herzegovina por las que se establecen la sucesión de Tratados bilaterales concluidos entre la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia y el Reino de España, resolución de 4 de marzo de 2004, de la Secretaría General Técnica (BOE de 19 de marzo de 2004).

²¹ Convenio de Cooperación Jurídica y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Brasilia el 22 de mayo de 2006 (BOE de 4 de febrero de 2008).

²² Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde relativo a la asistencia judicial en materia penal hecho ad referendum en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE de 16 de septiembre de 2009).

²³ Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Canadá, hecho en Madrid el 4 de julio de 1994 (BOE de 24 de febrero de 1995).

²⁴ Instrumento de Ratificación del Tratado de Extradición y de Asistencia Jurídica en Materia penal entre el Reino de España y la República de Chile, firmado en Santiago el 14 de abril de 1992 (BOE de 10 de enero de 1995).

²⁵ Instrumento de ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia penal hecho en Pekín el 21 de julio de 2005 (BOE de 30 de marzo de 2007).

²⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio de cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho en Bogotá el 29 de mayo de 1997 (BOE de 17 de noviembre de 1997).

Emiratos Árabes Unidos²⁹, Filipinas³⁰, Kazajstán³¹, Hong Kong³², India³³, Marruecos³⁴, Mauritania³⁵, México³⁶, Montenegro³⁷, Panamá³⁸, Paraguay³⁹, Perú⁴⁰, República Argelina⁴¹, República Dominicana⁴², Túnez⁴³ y Uruguay⁴⁴.

Para conocer los instrumentos jurídicos que España tiene en vigor con otros países puede consultarse la aplicación www.prontuario.org en cuya pestaña “consultas” se

de 2000). El protocolo adicional a éste convenio, firmado en Madrid el 12 de julio de 2005, fue publicado en el BOE de 19 de junio de 2010.

²⁷ Convenio entre el Reino de España y la República de Corea relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Seúl el 23 de marzo de 2009 (BOE 2 de noviembre de 2012).

²⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio de cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de El Salvador, hecho ad referendum en Madrid el 10 de marzo de 1997 (BOE de 31 de julio de 1998).

²⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos sobre la asistencia judicial mutua en materia penal, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009 (BOE de 28 de octubre de 2010).

³⁰ Tratado sobre asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 2 de marzo de 2004 (BOE de 26 de marzo de 2009).

³¹ Convenio entre el Reino de España y la República de Kazajstán relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Astaná el 17 de junio de 2011 (BOE de 10 de abril de 2013).

³² Acuerdo entre España y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Madrid el 15 de noviembre de 2012 (BOE de 14 de julio de 2014).

³³ Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de la India, hecho en Nueva Delhi el 3 de julio de 2006 (BOE de 22 de marzo de 2007).

³⁴ Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009 (BOE de 2 de octubre de 2009).

³⁵ Aplicación provisional del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006 (BOE de 8 de noviembre de 2006).

³⁶ Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en Las Palmas de Gran Canaria el 29 de septiembre de 2006 (BOE de 31 de julio de 2007).

³⁷ Convenio de asistencia judicial en materia penal y extradición entre España y la República Socialista Federativa de Yugoslavia, hecho en Belgrado el 8 de julio de 1990 (BOE de 9 de junio de 1992) y Canje de Notas entre los Ministros de Asuntos Exteriores del Reino de España y de la República de Montenegro, por las que se establecen la sucesión de Tratados bilaterales concluidos entre la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia y el Reino de España (BOE de 4 de agosto de 2010).

³⁸ Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República de Panamá sobre asistencia legal y cooperación judicial en materia penal hecho ad referendum en Madrid el 19 de octubre de 1998 (BOE de 18 de febrero de 2000).

³⁹ Instrumento de ratificación del Convenio de cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Paraguay, hecho ad referendum en Asunción el 26 de junio de 1999 (BOE de 25 de abril de 2001).

⁴⁰ Tratado de Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República del Perú, hecho ad referendum en Madrid el 8 de noviembre de 2000 (BOE de 2 de marzo de 2002).

⁴¹ Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular, hecho en Madrid el 7 de octubre de 2002 (BOE de 17 de marzo de 2005).

⁴² Instrumento de Ratificación de 24 de febrero de 1984 del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1981 (BOE de 14 de noviembre de 1984).

⁴³ Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Tunecina sobre asistencia judicial en materia penal, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001 (BOE de 1 de marzo de 2003).

⁴⁴ Instrumento de Ratificación del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 19 de noviembre de 1991 (BOE de 24 de febrero de 2000).

despliega un menú que permite seleccionar el país y la prestación de asistencia que interese. La aplicación Prontuario es una herramienta informática gestionada por el CGPJ (a través de su Servicio de Relaciones Internacionales, los magistrados integrantes de la Red Española de cooperación internacional – REJUE- y del Centro de Documentación Judicial - CENDOJ) en colaboración con el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado. Si bien tiene prestaciones cuyo acceso está restringido a autoridades judiciales, el buscador al que ahora nos referimos es de libre consulta por cualquier interesado.

Del estudio de todos estos convenios se desprenden las siguientes características de la cooperación bilateral en España:

- No hay un criterio lógico (basado en la cercanía geográfica, cultural o lingüística) que justifique la existencia o la ausencia de acuerdos bilaterales en cooperación judicial penal. Sorprende, por ejemplo, que en relación con los países iberoamericanos sólo haya convenios bilaterales con algunos Estados y no los haya con otros, como Venezuela o Ecuador, resultando singularmente sorprendente en este último caso ante la presencia masiva de nacionales ecuatorianos en nuestro territorio fruto del fenómeno migratorio, que motiva que en no pocas ocasiones, tras regresar a su país, nuestras autoridades judiciales recaben la colaboración de las autoridades ecuatorianas a través de comisiones rogatorias basadas en el principio de reciprocidad.
- Aunque hay una cierta uniformidad en las disposiciones de los convenios, específicamente de los principios básicos en que éstos se asientan, entre los distintos convenios ratificados por España hay también notables diferencias. Estas son en gran medida fruto del tiempo en el que fueron suscritos, y no lo son de otros factores, como pudiera ser la similitud de sistemas jurídicos o de organización política del Estado. Así, no puede hablarse de características comunes en los convenios entre España y los países iberoamericanos o entre los convenios suscritos con otros países democráticos en relación con los celebrados con países de regímenes totalitarios. Por el contrario, el momento temporal en que cada convenio fue firmado incidirá de manera importante en su contenido, al margen de las características concretas de los países con los que se suscribe.

A título ilustrativo cabe destacar que el convenio con Cabo Verde regula los equipos conjuntos de investigación y sin embargo éstos no vienen contemplados en los convenios suscritos con la mayoría de los países de lengua hispana, cuando el hecho de compartir lengua sin duda facilita notablemente la operatividad práctica del equipo. La única razón parece ser el hecho de que el convenio con Cabo Verde data de 2007, es decir, es de fechas más recientes. En apoyo de esta tesis baste reparar en que el único convenio bilateral con un Estado de lengua hispana que regula los equipos conjuntos de investigación es el protocolo adicional con Colombia, suscrito en 2005, acreditando que lo decisivo es el criterio cronológico. Podemos hablar, en este sentido, de convenios de asistencia judicial de primera y segunda generación.

Expondremos a continuación las líneas generales de la regulación de la asistencia legal mutua para la obtención de prueba penal en los tratados bilaterales⁴⁵. Tras esta aproximación se mencionará la incidencia que la actividad de la UE en materia de

⁴⁵ Para apoyar estas características generales de los mecanismos de asistencia convencional de carácter bilateral suscritos por España se citarán algunos convenios a título ejemplificativo, pero sin ánimo de exhaustividad, no excluyendo que otros no citados contengan previsiones en idéntico sentido.

cooperación judicial ha tenido en las relaciones bilaterales de España con otros Estados, singularmente con Estados Unidos y con Japón. En toda la exposición utilizaremos la terminología propia de la asistencia convencional: Parte requirente hará alusión a la autoridad judicial que solicita la asistencia, Parte requerida a la que recibe esta petición y está llamada a investigar u obtener la prueba en su territorio.

1.1 *Ámbito de aplicación*

Todos los convenios comienzan su articulado delimitando su ámbito de aplicación, consagrándose la obligación general de prestarse asistencia mutua para la realización de investigaciones y diligencias relacionadas con cualquier procedimiento penal por delitos cuyo conocimiento sea competencia de las autoridades judiciales del Estado requirente en el momento en que la asistencia sea solicitada. En consecuencia, dos son los parámetros que definen el ámbito de los convenios: las concretas diligencias solicitadas (que pueden estar previstas o excluidas de la prestación de asistencia) y el tipo de procedimiento en el que dichas diligencias son necesarias (en función del delito investigado en dicho procedimiento o incluso, permitiendo la asistencia en un procedimiento de naturaleza no penal).

En relación con las diligencias concretas en que consista la asistencia, muchos de estos convenios detallan qué actividades específicas caben en la asistencia judicial.

Así, por ejemplo, en el convenio con la República Argelina se dice que comprenderá la notificación de documentos, la entrega de objetos, el cumplimiento de actos de procedimiento, tales como la audición de testigos y expertos y los registros y embargos.

A partir del Tratado suscrito con Canadá en 1994 generalmente se incluye en los sucesivos convenios firmados con otros Estados el *principio pro asistencia* o compromiso de prestar la *asistencia judicial más amplia posible* en cualquier asunto penal. En estos casos cualquier diligencia tendrá cabida en el convenio, siempre que no esté prohibida por los respectivos ordenamientos jurídicos internos.

A título ilustrativo destacaremos que lo hacen los acuerdos bilaterales entre España y Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Corea, Hong Kong, Emiratos Árabes Unidos, Filipinas, India, Marruecos, Estados Unidos Mexicanos, Kazajstán, Panamá o Paraguay.

Por otra parte, la regla general es que la asistencia se limite a los procedimientos penales. Excepcionalmente, el ámbito del convenio abarca procedimientos no estrictamente de esta naturaleza.

Son, por ejemplo, los siguientes supuestos:

En el convenio con Marruecos se menciona expresamente que la asistencia se prestará igualmente en relación con las acciones civiles derivadas de las acciones penales, mientras que en la jurisdicción penal no se dicte sentencia definitiva sobre la acción penal.

En el convenio con Bosnia-Herzegovina y con Montenegro se amplía la asistencia a los procedimientos que sean susceptibles de recurso de apelación ante los tribunales penales, a las indemnizaciones de que conozcan los órganos penales y los procedimientos de indulto.

Dentro de los procesos penales se hacen distinciones en función del delito investigado o enjuiciado en el proceso que da lugar a la solicitud de auxilio judicial. En ocasiones se

incluyen expresamente delitos que tradicionalmente quedaban al margen de la cooperación judicial.

Algunos de los instrumentos bilaterales mencionan expresamente que la asistencia judicial se prestará también en relación con delitos fiscales o con delitos en materia de control de cambios (por ejemplo, los suscritos con Australia, Cabo Verde, Canadá, China, Hong Kong, India, Estados Unidos Mexicanos y Perú – estableciendo estos últimos expresamente que no cabrá denegar la asistencia por motivo de secreto bancario -). En el convenio con Uruguay es facultativo denegar la asistencia si la misma se refiere a un delito tributario, aunque será obligatorio prestarla si el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa (o por una omisión intencional de declaración) con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en el tratado.

En otras ocasiones la mención expresa al delito tiene lugar para acoger una causa de denegación de la asistencia. De manera general en todos los convenios se excluye, facultativa o imperativamente, la obligación de prestación de asistencia cuando el procedimiento penal se refiera a delitos políticos (o conexos con delitos de éste tipo) y a delitos militares, o sólo a alguna de esas dos categorías.

Por ejemplo, en el convenio con Argentina, con Emiratos Árabes Unidos y con la República Argelina se excluye ambas de manera imperativa, en el de Australia, Panamá, República Dominicana, Montenegro y Bosnia-Herzegovina sólo imperativamente los militares y facultativamente los políticos, en el de Chile, Mauritania, Paraguay, Perú y Túnez, ambos facultativamente, en el de Marruecos sólo facultativamente los delitos políticos.

1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación

Algunas actividades de investigación o probatorias están expresamente reguladas para su aplicación en todo tipo de peticiones de asistencia, cualquiera que sea el delito que la motiva. En otros casos, como en el protocolo complementario firmado con Colombia, las diligencias de investigación que mencionaremos no serán aplicables para la investigación de cualquier delito, sino que su ámbito se circunscribe a las solicitudes de asistencia judicial cuya finalidad sea la investigación y represión penal del terrorismo, el tráfico de sustancias estupefacientes, de insumos químicos, blanqueo de capitales, delitos cometidos por organización delictiva y sus conexos. Veamos específicamente cada una de las medidas que son objeto de especial tratamiento:

a) Intercambio espontáneo de información

El intercambio espontáneo de información se regula expresamente en el convenio con Brasil, Cabo Verde, Corea, Hong Kong, China, Emiratos Árabes Unidos y Marruecos y en el protocolo con Colombia, pero a los efectos que aquí nos ocupan merece destacar que en el convenio con Estados Unidos Mexicanos se alude también al intercambio espontáneo de pruebas.

Así, se contempla que las autoridades competentes puedan intercambiar medios de prueba respecto a hechos penalmente sancionables, sin que medie solicitud de la otra Parte, siempre y cuando el Tratado ampare que se hubiera solicitado. La finalidad para la que tiene que servir dicho medio de prueba puede ser iniciar un proceso penal o bien facilitar el desarrollo de una investigación ya en curso.

b) Videoconferencia

En el convenio con México esta posibilidad se arbitra siempre y cuando no esté prohibida en la legislación del Estado requerido. Se exige que la audiencia tenga

lugar en presencia de la autoridad judicial o de la autoridad investigadora de la Parte requerida, si bien el interrogatorio lo dirige la autoridad requirente (siendo cometido de la autoridad requerida únicamente que la audiencia se ajuste a los principios fundamentales de su derecho interno y levantar acta del desarrollo de la declaración). Debe destacarse de esta diligencia que no se prevé que se aplique sólo a testigos, sino que se alude genéricamente a declaración de una persona, por lo que pudiera ser también del imputado (siempre que se cumplan las condiciones expuestas, y concretamente, que no esté prohibido por la legislación interna de la Parte requerida).

En el protocolo con Colombia se contiene una regulación similar de la audición por videoconferencia, debiendo destacarse los siguientes aspectos:

- La audición no sólo se realizará bajo la dirección de la autoridad requirente, sino que expresamente se estipula que se ajustará a su ordenamiento interno. Es decir, la legislación del requirente determinará, por ejemplo, si el testigo está o no dispensado de declarar y la responsabilidad en la que incurriría de prestar falso testimonio.

- Se menciona específicamente que se aplique la videoconferencia a la declaración del imputado, con las salvedades de que se considere oportuno y apropiado por las autoridades competentes. Es criticable, al respecto, que en nada se mencione la necesidad de que el imputado muestre su conformidad a prestar declaración por esta vía, o que no se detalle si es posible sólo en la fase de investigación del delito o si también lo es en el plenario. Por tanto, en esta previsión se echa en falta una mayor concreción que evite una posible inadmisibilidad de la prueba así obtenida.

También en los convenios suscritos con Hong Kong, Corea, Kazajstán y con Emiratos Árabes Unidos se contempla la posibilidad de que se preste testimonio por videoconferencia, pero en este caso la regulación es extraordinariamente escueta, pues se remite a los requisitos que se fijen en cada caso concreto.

c) Información bancaria

Sólo el convenio con Marruecos regula específicamente la solicitud de información bancaria, que abarcaría tanto los datos relativos a las cuentas, como a las operaciones bancarias realizadas en un determinado periodo. Incluso cabe que al amparo de este instrumento se realice un seguimiento de las operaciones bancarias durante un periodo determinado, aunque las modalidades prácticas de dicho seguimiento no se concretan, dejándolas al acuerdo específico entre las autoridades de la Parte requirente y requerida.

d) Equipos conjuntos de investigación

Los equipos conjuntos de investigación están previstos en el convenio con Cabo Verde y en el protocolo con Colombia. Nos limitaremos en estas líneas a señalar sus características principales, difiriendo las demás cuestiones al estudio que con más detenimiento realizaremos en el capítulo II.

En ambos convenios se recoge que las autoridades competentes de los Estados podrán constituir equipos conjuntos de investigación de común acuerdo, siempre para una finalidad concreta y un periodo de tiempo determinado, con el objetivo

de efectuar investigaciones penales en el territorio de uno o de ambos Estados. Será precisamente el territorio en el que se actúe el equipo conjunto el que determinará en cada momento la legislación aplicable, pues el equipo conjunto actuará de conformidad con la legislación del Estado donde discurra la investigación. Contempla asimismo que en el acuerdo de constitución se fijen unas condiciones de actuación, que deberán ser respetadas. También regula el régimen de responsabilidad de los funcionarios destacados en el Estado en el que se lleve a cabo la misión, aunque someramente, señalando que tendrán el mismo tratamiento que los funcionarios de éste, ostentando dicha condición en relación con las infracciones de que pudieran ser víctimas.

e) Entregas vigiladas

Las entregas vigiladas son objeto de tratamiento específico en el convenio con Marruecos y en el protocolo con Colombia. También con Marruecos hay una limitación en cuanto al delito investigado, pues debe ser de los que pueden dar lugar a la extradición. Por lo demás, en ambos casos la regulación es similar en ambos instrumentos. Será la Parte requerida la que decidirá la realización de la entrega vigilada solicitada por la requirente, la que la dirigirá y controlará, todo ello de conformidad con la legislación del requerido.

f) Investigaciones encubiertas

La figura del agente encubierto viene regulada tan sólo en el protocolo con Colombia. La legislación del requerido será la aplicable para autorizar la actuación del agente y determinará su duración, condiciones concretas y su régimen jurídico. Ahora bien, la realización de la actividad del agente encubierto estará sometida a la legislación del territorio donde actúe, por lo que puede cambiar en función de que el grupo delictivo en el que se infiltre se desplace de uno a otro Estado.

g) Antecedentes penales

En casi todos los convenios bilaterales se contiene una previsión específica relativa al intercambio de la información obrante en los registros nacionales de antecedentes penales.

Así ocurre en el de Marruecos, Corea, Hong-Kong, Emiratos Árabes, Filipinas, Cabo Verde, EEUU, China, India, Mauritania, Argelia, Túnez, Perú, Panamá, Bolivia, Chile, Argentina, República Dominicana.

Las concretas disposiciones, sin embargo, varían sustancialmente en los distintos convenios. En algunos casos se establece un intercambio automático con cierta periodicidad.

Es el caso, por ejemplo, del convenio con Marruecos, Túnez, Panamá y Mauritania fijándose un intercambio anual, sin perjuicio de recoger también normas específicas aplicables para solicitudes concretas en asuntos penales. En estos casos los antecedentes serán comunicados del mismo modo que si hubiesen sido solicitados por una autoridad judicial de la Parte requerida. Unas previsiones en este mismo sentido -pero más detalladas- encontramos en el convenio con Bolivia. En otros, como el convenio con Filipinas, sólo se recoge la obligación de informar sobre

antecedentes penales, sin comunicación periódica alguna. En el de República Dominicana se establece la limitación de que no lo prohíba la legislación de la Parte requerida.

1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud

La regla general de todos los convenios es exigir que la solicitud se formule por escrito, debiendo transmitirse a través de la vía diplomática, en los más antiguos, o a través de las respectivas autoridades centrales – la gran mayoría de los vigentes- que se designan en el propio convenio. La autoridad central designada por España en todo caso es el Ministerio de Justicia. Sólo en algún convenio (el suscrito con Bolivia o con Marruecos, concretamente) para casos urgentes y excepcionales se contempla la remisión directa a la autoridad judicial competente.

En los convenios más recientes se prevé que la solicitud sea adelantada por fax, correo electrónico u otro medio equivalente

Este último es el caso, por ejemplo, del convenio con Cabo Verde, Brasil, China, Colombia, Hong Kong, India, Estados Unidos Mexicanos o Paraguay.

En cuanto al idioma de la solicitud, caben distintas posibilidades:

- que el Convenio admita que se remita alternativamente en el idioma oficial de la Parte requerida o en inglés (por ejemplo, convenio con India) o en francés (convenio con Marruecos, Mauritania, o Túnez),
- que la solicitud y los documentos que la apoyen se transmitan en la lengua del requirente (convenio con Australia) o en la lengua del demandante acompañada de una traducción certificada en lengua francesa (República Argelina),
- que deba remitirse en el idioma del requerido (convenio con Brasil o con Canadá). Esta última es, sin duda, la fórmula más extendida también en la práctica. Es la autoridad que pide la asistencia judicial la que tiene la carga de traducir la solicitud y la documentación que acompañe al idioma de la autoridad requerida. Si esta accede a prestar la asistencia lo hará en su propio idioma, correspondiendo también la carga de la traducción a la autoridad requirente.

En todos los convenios se contemplan las indicaciones necesarias que deben hacerse constar en las solicitudes de asistencia, que en todo caso consistirían en especificar los siguientes extremos:

- la autoridad que emite la solicitud,
- el delito a que se refiere el procedimiento,
- si fuera posible, identidad y nacionalidad de la persona encausada o condenada,
- descripción de la asistencia que se solicite y la información necesaria para cumplirla.

En los más antiguos la exposición sumaria de los hechos sólo se exigía en función del contenido de la solicitud.

Así, por ejemplo, en el convenio con Argentina o con República Dominicana no era necesaria tal descripción si el objeto de la solicitud consistía en una mera entrega de objetos o documentos.

Paulatinamente, se va exigiendo incluir en todo caso la exposición de los hechos.

Ilustrativo de ello es el convenio con Brasil, Cabo Verde, China, India, o con los Estados Unidos Mexicanos.

En función de cuál sea el objeto de la solicitud, puede exigirse o puede resultar conveniente incluir otras exigencias, como la lista de preguntas que deben formularse al testigo.

Para algunas diligencias de prueba, se suele requerir también que se expliquen las razones por las que se cree que las pruebas podrán encontrarse en el Estado requerido o las otras razones que hacen precisa la prestación de asistencia.

Por ejemplo, en el convenio con Perú o Uruguay se indica que se cumplirá la solicitud de registro si la misma contiene información que justifique la medida propuesta.

Tan sólo en algunos convenios se contempla que se detalle el plazo deseado para cumplimentar la solicitud.

Véase los convenios con Bolivia, Brasil, Marruecos o con Perú.

A la solicitud deben acompañarse documentos específicos para algunas concretas diligencias de investigación, singularmente la resolución judicial que acuerde la medida en el Estado requirente.

Así lo contemplan los convenios con Marruecos, Mauritania, Montenegro, Bosnia-Herzegovina, o con Túnez, en los que si la solicitud consiste en un registro o incautación deberá acompañarse la orden del Juez competente de la Parte requirente.

Importante es destacar que en el convenio con Marruecos se prevé que surja la necesidad de llevar a cabo una solicitud complementaria de asistencia judicial debido a que en el curso de la ejecución de la solicitud inicial se presenten como necesarias diligencias de investigación ignoradas en el momento inicial de la solicitud. En estos casos la parte requerida informará a la mayor brevedad posible a la requirente para que adopte la nueva medida, pudiendo incluso formalizarse directamente en el territorio del Estado requerido si la autoridad requirente está participando en la práctica de la diligencia inicial.

1.4 Legislación aplicable a la prestación de asistencia

Quizás uno de los principios más importantes, que es común a todos los convenios bilaterales vigentes hoy día en España, es el principio de que la ejecución de la asistencia penal se llevará a cabo conforme a la legislación de la Parte requerida (*lex loci*). Ahora bien, en un elevado número de ellos, se señala expresamente que a petición de la Parte requirente, la parte requerida cumplirá con la asistencia de acuerdo con las formas y procedimientos especiales indicados en la solicitud, a menos que estén prohibidos por su ordenamiento jurídico interno. Con esta previsión se da entrada a la *lex fori*, lo que será crucial a efectos de la ulterior admisibilidad de la prueba obtenida.

La posibilidad de incluir procedimientos y formalidades exigidas por la *lex fori* se contempla en el convenio con Brasil, Cabo Verde, Canadá, China, Colombia, India, Marruecos, Emiratos Árabes Unidos, Kazajstán, Estados Unidos Mexicanos, Paraguay, Perú y Uruguay. Esta previsión, sin embargo, no consta en otros, como el convenio con Túnez, Montenegro y Bosnia-Herzegovina.

Importante es la previsión del deber de mantener la confidencialidad que se contiene en un gran número de convenios. En otros se especifica que si para ejecutar la solicitud de asistencia judicial es necesario levantar la reserva, debe la Parte requerida solicitar su aprobación a la requirente y sin la misma no se ejecutará la solicitud.

Ejemplo de convenios que regulan expresamente el deber de confidencialidad son los suscritos con Australia, Bolivia o con India. Entre los segundos, que requieren aprobación para el levantamiento de la confidencialidad, encontramos el convenio con El Salvador, Colombia, Filipinas o en el Tratado con los Estados Unidos Mexicanos, Perú, Uruguay.

Más problemática, sin duda, es la previsión del convenio con Uruguay, con Emiratos Árabes Unidos y con Hong Kong relativa a la confidencialidad también del resultado, es decir, de la información o la prueba obtenida en virtud de la ejecución de la solicitud. Al amparo de esta cláusula la Parte requerida puede imponer condiciones sobre el levantamiento de la confidencialidad de la prueba que aportó dicha información y el requirente deberá procurar respetar dicha condición.

Literalmente el convenio con Hong Kong dice al respecto que “la Parte requerida podrá solicitar, tras consulta con la Parte requirente, que se mantenga la confidencialidad de la información o de las pruebas presentadas, incluyendo documentos, efectos o archivos, o que éstas se divulguen o utilicen únicamente en los términos y condiciones especificados por ésta”.

Nos cuestionamos qué sentido debe atribuirse a esta confidencialidad, pues es evidente que no será admisible en nuestro derecho mantener la prueba como confidencial, no sometida al conocimiento y contradicción por las partes. Entendemos que puede amparar que permanezca confidencial algún dato (como el domicilio del testigo) que en nada afecte al proceso justo, pero otras informaciones directamente relacionadas con la prueba no pueden quedar confidenciales porque vulnerarían aspectos esenciales del proceso con todas las garantías. Permitiría, eso sí, la posibilidad de que se declare confidencial el resultado por un tiempo, precisamente porque las actuaciones estén también secretas en el Estado requerido y sea necesario mantener la confidencialidad para garantizar el éxito de la investigación.

Algunos convenios, al abordar esta petición de confidencialidad solicitada por la Parte requerida excepcionan el procedimiento concreto para el que la información fue recabada.

El convenio con Corea estipula que “a petición de la Parte requerida, la Parte requirente deberá mantener la confidencialidad de las pruebas e informaciones suministradas en ejecución de la solicitud de asistencia, salvo en la medida necesaria para su utilización en el procedimiento o investigación para el que fueron solicitadas”.

Muchos convenios bilaterales contienen una regulación específica de cómo debe ejecutarse la asistencia dependiendo del cuál sea el objeto de la misma:

-Si es la entrega de documentos, bastará que el Estado requerido entregue copias o copias autenticadas, salvo que se pidan expresamente los originales, en cuyo caso la entrega es facultativa para el requerido y el requirente se obliga a su pronta devolución, salvo renuncia. No se exige en general la legalización de las firmas de las autoridades y funcionarios que obren en los documentos, pero sí que las copias de cualquier documento estén debidamente certificadas por la autoridad competente.

En el convenio con Filipinas, Hong Kong y Perú se prevé expresamente que el Estado requerido debe facilitar al requirente copias de los archivos no sólo que se encuentren a disposición del público y que se hallen en posesión de organismos públicos, sino también de aquellos que no estén a disposición de los particulares, en la misma medida y con las mismas condiciones, en que estarían a disposición de sus propias autoridades policiales o judiciales.

-La entrega de objetos se podrá aplazar si fuera necesario para un procedimiento penal en curso, y, remitidos, deberán ser devueltos salvo renuncia.

En el convenio con la India se presta atención al supuesto de cesión de material probatorio, indicando en este caso la persona o autoridad que se encargará de la custodia del material, el lugar al que ha de trasladarse el mismo, y cualesquiera comprobaciones que se hayan de llevar a cabo y la fecha antes de la cual deberá devolverse dicho material.

-Para la citación de un inculcado, testigo o perito ante las autoridades del Estado requirente el convenio puede exigir un plazo de antelación suficiente desde la recepción de la comisión rogatoria para que las autoridades requeridas lleven a cabo la citación.

Este plazo oscila entre 60 días en el caso de China, 45 días de Argentina, Australia, República Dominicana, o Chile (aunque se excluye a los inculcados, limitándose por tanto a testigos y peritos) 30 días de antelación si la citación es a un acusado en el caso de Panamá o de manera indeterminada pero aludiendo a que sea suficiente como para permitir la citación con suficiente antelación (convenio con Cabo Verde, Brasil o Uruguay).

-Si la citación se refiere a una persona detenida o presa en el territorio de la Parte requerida, la entrega está condicionada a que el detenido preste su consentimiento al traslado, salvo el convenio con la República Argelina, que es el único en el que tal consentimiento no es exigido expresamente.

1.5 Participación del requirente en la práctica de la asistencia

Sobre la intervención del requirente en la ejecución de la asistencia, en un elevado número de convenios se prevé que si el Estado requirente lo solicita expresamente se le informará de la fecha y lugar de la comisión rogatoria.

Aunque hay convenios que no contemplan esta posibilidad, como Túnez.

Pero yendo más allá de la mera información, en muchos instrumentos bilaterales hay expresa previsión de que haya una participación activa de las autoridades requirentes, participación que siempre estará sujeta a que la Parte requerida la consienta.

En el convenio suscrito con Australia, Canadá, China, India o Perú las autoridades y las partes interesadas en el procedimiento que se sigue ante el requirente pueden desplazarse al requerido para estar presentes en la declaración que constituya el objeto de la asistencia, pudiendo hacer preguntas pero siempre con arreglo a la legislación del Estado requerido.

Esta previsión, pero únicamente en cuanto a las autoridades y no para las partes, se recoge también en el convenio con Bolivia o con Brasil.

Excepcionalmente algunos convenios contemplan que las autoridades y personas interesadas del requirente estén presentes no sólo cuando la solicitud consiste en una declaración, sino en cualquier diligencia en ejecución del auxilio judicial (por ejemplo, convenio con Bosnia-Herzegovina).

1.6 Gastos

En la mayor parte de los convenios, singularmente los firmados más recientemente, se recoge una cláusula general en relación con los gastos ocasionados por la cumplimentación de la comisión rogatoria, sentándose en todos ellos la regla de que correrán a cargo del Estado requerido salvo las excepciones que expresamente se enumeran.

Se califican como gastos excepcionales los derivados del traslado de funcionarios o de la persona con la que deba realizarse la diligencia, que serán a cargo del requirente – Australia – o además de éstos, los correspondientes a informes periciales y traducción – Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Canadá o Hong Kong.

1.7 Causas de denegación o de limitación de la asistencia judicial

Junto con la consideración al delito objeto del procedimiento y que la solicitud de asistencia sea contraria al orden público, la soberanía, la seguridad, u otros intereses públicos esenciales de la Parte requerida – que aparecen en ocasiones como únicas causas de denegación de asistencia en los convenios más antiguos- los convenios bilaterales más recientes mencionan frecuentemente otras causas para denegar la asistencia:

- Que existan razones para pensar que la solicitud pretende perseguir a una persona en consideración a su raza, religión, opiniones políticas, nacionalidad, sexo, o corriese el riesgo de que su situación sea agravada por algunos de estos motivos.

Por ejemplo, los convenios con Colombia, El Salvador, Hong Kong, Bolivia, Paraguay, Filipinas, China, Brasil o Cabo Verde.

- Por aplicación del principio *ne bis in idem*, porque en relación con el delito objeto de la solicitud, la persona haya sido absuelta o haya cumplido condena en el Estado requerido.

Es una causa facultativa de denegación de la asistencia en el convenio con Estados Unidos Mexicanos, Paraguay, Cabo Verde, China, Uruguay. Curiosamente en el convenio con India sólo se recoge que la solicitud se refiera a un delito respecto del cual el acusado ha sido absuelto con carácter definitivo – no contemplándose, por tanto, que haya sido condenado y que en base a dicha condena deba operar también la cláusula del *ne bis in idem* - . En el convenio con Australia se menciona la absolución o el cumplimiento de la condena, no sólo en cualquiera de los dos Estados signatarios del convenio, sino también en un tercer Estado.

- En relación con la litispendencia, sólo excepcionalmente se recoge como motivo de denegación.

Es el caso del convenio con la República Argelina que prevé que se denegará imperativamente la asistencia si la solicitud se refiere a un delito por el que se sigan actuaciones contra la persona o por la que esta se encuentra detenida o condenada en el Estado requerido. En similar sentido se recoge en el convenio con Emiratos Árabes Unidos.

- Excepcionalmente constituye también causa de denegación la prescripción.

Por ejemplo, el convenio con Brasil se refiere a que la conducta ya no podría ser enjuiciada debido a la prescripción del delito si éste se hubiese cometido en el ámbito de la jurisdicción de la parte requerida, o el convenio con Cabo Verde, que alude a que se haya extinguido la acción penal por cualquier motivo.

- La exigencia de doble tipificación de la conducta en ambas Partes firmantes del convenio, requirente y requerida, no es general, permitiendo que la asistencia se preste aunque el hecho no sea punible según las leyes de la Parte requerida.

Esta regla tiene las siguientes excepciones:

-La ausencia de doble incriminación sí se recoge como causa facultativa de denegación de la asistencia en los convenios suscritos con China, Montenegro, Bosnia-Herzegovina y Panamá. Es causa imperativa para denegar la asistencia en el convenio suscrito con la República Argelina.

-En la mayor parte de los convenios (con la excepción, por ejemplo, del suscrito con la India y el de Canadá, que en ningún caso mencionan la doble incriminación) se exige verificar la doble tipificación de la conducta cuando la asistencia tenga por objeto la ejecución de medidas de aseguramiento de objetos o registros domiciliarios. Para dichas diligencias se exige además, en el caso del convenio con Bolivia, que ambas partes castiguen el hecho con pena de privación de libertad superior a un año.

-En otros, además de para los registros y embargos, se requiere verificar la doble tipificación también para otras diligencias, como la inspección judicial (Colombia, Paraguay) o para el decomiso de activos, la restitución y la recaudación de multas (Filipinas).

- Sólo algunos convenios contienen otros motivos de denegación distintos de los mencionados (como que el delito esté castigado con pena de muerte).

En el convenio con China se menciona como causa de denegación que la asistencia no guarde conexión sustancial con el caso; en el convenio con los Estados Unidos Mexicanos, Hong Kong y Cabo Verde que la solicitud se refiera a un delito castigado con la pena de muerte en el territorio de la Parte requirente, con cadena perpetua o con una pena de privación de libertad de duración indeterminada (salvo que en todos estos casos se otorguen garantías de que tal pena no se impondrá o de que, si fuera impuesta, no será ejecutada).

Finalmente, en ocasiones los convenios prevén supuestos en los que la asistencia, en lugar de denegarse, se presta, pero sujeta a unas condiciones que fijará la autoridad central de la Parte requerida, requiriéndose siempre que consienta dichas condiciones la Parte requirente. En otros, encontramos una cláusula general según la cual las autoridades o los particulares de la Parte requirente no podrán realizar en el territorio de la Parte requerida aquellas funciones que, según sus leyes internas, están reservadas a las autoridades requeridas, de modo que constituye una excepción - y como tal tiene que ser expresamente mencionada- la posibilidad de que formulen preguntas si se han trasladado para la práctica de la diligencia al territorio de la requerida.

Ejemplo de lo primero sería el convenio suscrito con Uruguay, de lo segundo el convenio con Colombia o Paraguay.

1.8 Uso de la prueba obtenida

El principio de especialidad es un principio propio de la extradición en virtud del cual el Estado requirente se compromete a no extender el enjuiciamiento o el cumplimiento de la condena a hechos distintos y anteriores a aquéllos por los que se solicita - y es autorizada - la entrega del reclamado⁴⁶. Trasladado este principio a la prueba que ha sido

⁴⁶ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pág. 242, analizando la autora la naturaleza de este principio y su fundamento.

obtenida en virtud de la ejecución de una comisión rogatoria, encontramos que tiene varias manifestaciones en los acuerdos bilaterales:

a) En primer lugar, muchos tratados detallan qué utilización puede dar el Estado requirente a la información obtenida con la actividad probatoria o diligencia de investigación realizada en el Estado requerido.

Es el caso, por ejemplo, del convenio con Australia, Cabo Verde, Canadá, China, Colombia, India, Estados Unidos Mexicanos, Paraguay o Perú, donde se especifica que el Estado requirente no podrá usar las pruebas obtenidas para otros fines que los especificados en la solicitud sin previo consentimiento del Estado requerido. Esta cláusula, sin embargo, no opera con Brasil, que permite expresamente el uso de la información, documentos u objetos obtenidos como medios de prueba en otros procedimientos penales siempre que estos se refieran a delitos por los cuales se pueda conceder la asistencia judicial al amparo del convenio.

b) En segundo lugar, en todos los convenios bilaterales se salvaguarda la inmunidad de los testigos, peritos, e inculcados, de modo que cuando estos sean citados para comparecer ante las autoridades del Estado requirente no podrán ser perseguidos, detenidos o sometidos a ninguna restricción de su libertad personal por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida. Idéntica inmunidad se prevé en relación al inculcado salvo por los hechos que consten en la citación.

Si bien cesará cuando el citado permanezca en el Estado una vez que su presencia ya no fuera exigida, contemplando un plazo para el cese de la inmunidad que oscila en los distintos tratados entre más de 7 días en el caso de Filipinas – ampliable a 15 días si el requirente considera que existe una buena razón para ello -, más de 10 días en el convenio con Colombia, Paraguay y Uruguay, más de 15 días en el caso de Brasil, Cabo Verde y China, más de 30 días en la mayoría de los demás convenios (concretamente en el de Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Chile, India, Marruecos, Mauritania, Estados Unidos Mexicanos, Panamá, República Argelina, Túnez, y Perú, en este último caso los 30 días deben computarse desde la notificación oficial de que no se le requiere más en el territorio del requirente) o incluso ampliando el plazo a más de 45 días (convenio con República Dominicana o con Bosnia-Herzegovina y Montenegro).

Destacable es también que varios convenios aluden a que no generan derecho alguno a favor de los particulares en orden a la obtención, eliminación o exclusión de pruebas.

Es el caso, por ejemplo, en el convenio suscrito con El Salvador, Filipinas, Estados Unidos Mexicanos, Hong Kong, Paraguay, Uruguay y Colombia.

1.9 Incidencia de convenios suscritos por la Unión Europea en la cooperación bilateral española: los casos singulares de la cooperación con Estados Unidos y Japón

La UE ha celebrado acuerdos en materia de cooperación policial y judicial penal con terceros Estados y esto afecta a las relaciones bilaterales entre éstos y los Estados miembros de la Unión⁴⁷. Al margen de la singular posición de Noruega e Islandia, que

⁴⁷ Sobre estos acuerdos, su formación, el control de su legalidad y su aplicación véase cfr. MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el Tercer Pilar*, Navarra, 2009 y LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “Convenios bilaterales y de la Unión Europea con terceros. Especial referencia al

será analizada posteriormente, veamos con cierto detenimiento la incidencia de los acuerdos con Estados Unidos y con Japón en la asistencia judicial con España.

El Acuerdo de Asistencia Judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América celebrado en Washington el 25 de junio de 2003⁴⁸ obligaba a los Estados Miembros a intercambiar instrumentos escritos sobre la forma de aplicación de los tratados bilaterales vigentes en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo (intercambio ya verificado en todos los Estados miembros⁴⁹). De este modo, determinadas disposiciones del convenio, como la transmisión de información bancaria relativa a cuentas y transacciones, la formación y actividades de equipos conjuntos de investigación, la declaración mediante tecnología de videoconferencia, la autorización para usar medios de comunicación rápidos, la ampliación de la prestación de asistencia a las autoridades administrativas, la protección de datos personales o la confidencialidad complementan lo dispuesto en los respectivos tratados bilaterales suscritos por los diferentes Estados miembros y los Estados Unidos de América.

El instrumento depositado por España⁵⁰ entró en vigor el 1 de febrero de 2010 y modifica en los aspectos expuestos las previsiones del tratado bilateral⁵¹, de modo que su anexo recoge el texto integrado con las disposiciones vigentes en materia de cooperación judicial penal entre España y Estados Unidos⁵². Detengámonos en los siguientes aspectos:

- En lo que concierne a su ámbito de aplicación, en el tratado bilateral se circunscribía a la asistencia en relación con investigaciones y procedimientos criminales. En el texto integrado la asistencia se extiende a las autoridades administrativas nacionales que investiguen hechos que darán lugar a investigaciones o procesamientos penales.
- Son causas de denegación de la asistencia que la solicitud se refiera a un delito militar –no tipificado en la legislación ordinaria– o que la cumplimentación de la solicitud pueda atentar a la seguridad u otros elementos esenciales del Estado requerido.
- Se detallan las actividades que comprenderán la asistencia, no exigiéndose con carácter general el requisito de doble incriminación. Únicamente cuando el objeto de la solicitud sean diligencias relativas a embargos e indemnizaciones será preciso que la conducta sea constitutiva de delito en ambas legislaciones, fijándose además el

Convenio EU-EEUU” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013.

⁴⁸ DOUE L 181 de 19 de julio de 2003.

⁴⁹ DOUE L 291 de 7 de noviembre de 2009.

⁵⁰ BOE de 26 de enero de 2010.

⁵¹ Instrumento de ratificación del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, hecho en Washington el 20 de noviembre de 1990 (BOE de 17 de junio de 1993).

⁵² Extraordinaria utilidad práctica para la cooperación judicial con Estados Unidos tienen las guías elaboradas por la Consejería de Justicia de España en Washington, guías que en julio de 2015 fueron recogidas en un único documento denominado “Compendio de guías prácticas para asuntos de cooperación judicial con Estados Unidos” encontrándose disponible, si bien con acceso restringido a autoridades judiciales, en la página web www.prontuario.org. De entre ellas cabe destacar la relativa a la preservación y obtención en Estados Unidos de datos de internet y la de videoconferencias que deban celebrarse con dicho Estado.

requisito punitivo de que el castigo en ambas sea más de un año de privación de libertad.

- Al igual que en otros tratados bilaterales, se contiene la previsión de que las disposiciones de esta normativa convencional no generarán derecho alguno a favor de los particulares en orden a la obtención, eliminación o exclusión de pruebas o a la obstaculización en la cumplimentación de una solicitud.

- La legislación del Estado requerido será la aplicable a la ejecución de la solicitud, salvo que expresamente se disponga otra cosa en el tratado. Permite, eso sí, que la parte requirente haga constar el método de ejecución en la solicitud, que se seguirá en tanto en cuanto no resulte prohibido por la legislación del Estado requerido.

- Cabe que el Estado requerido solicite que se mantengan confidenciales las informaciones o pruebas aportadas mediante la solicitud de asistencia. O bien se pueden fijar límites de utilización de dicha información o pruebas. Así, el Estado requerido puede exigir que el requirente limite el uso a sus investigaciones o procedimientos penales, para prevenir una amenaza inmediata y grave a su seguridad pública, para determinados procedimientos judiciales o administrativos, o para cualquier otro fin previo consentimiento del requerido. Por último, el Estado requerido puede imponer condiciones adicionales en un caso concreto.

- La transmisión se articula a través de autoridades centrales, y siempre por escrito. Admite expresamente la transmisión por fax o por correo electrónico, exigiéndose únicamente una confirmación formal posterior si así lo solicita el Estado requerido.

- Al tratado bilateral acompañaba, en su redacción original de 1990, un anexo con dos formularios, uno para certificar la autenticidad de los documentos mercantiles y otro para garantizar la cadena de custodia de los objetos embargados. Ambos se han mantenido en el texto integrado y son los únicos supuestos que, fuera del ámbito de la Unión Europea, recurren a un formulario como instrumento auxiliar de la cooperación.

- Se abordan con detalle diligencias singulares de investigación (fruto del acuerdo suscrito por la Unión Europea) tales como la identificación de información bancaria, los equipos conjuntos de investigación o la declaración por videoconferencia de testigos o peritos. De esta regulación es destacable que deja abierta la posibilidad de que se utilice la videoconferencia con un objeto distinto al de la toma de declaración de testigos o peritos⁵³, citando expresamente como ejemplo que se utilice esta tecnología para identificar personas u objetos⁵⁴. Se regula expresamente la perseguibilidad del falso testimonio prestado por el testigo o la conducta ilícita del perito durante la videoconferencia ante el Estado requerido, de modo que ambos hechos serán punibles del mismo modo que si el testimonio o pericia falaz se hubiera cometido en un procedimiento interno de dicho Estado.

⁵³ BUJOSA destaca que se excluye a los imputados, cuestión que entiende más prudente que la opción recogida en instrumentos europeos, donde esta posibilidad existe, Cfr. BUJOSA VADELL, L., “Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004.

⁵⁴ Esta previsión permitiría dar cobertura legal la práctica de un reconocimiento en rueda por videoconferencia.

Asimismo es destacable que, bajo el título de información bancaria, se comprenden solicitudes que pueden afectar a información poseída por entidades financieras no bancarias y transacciones financieras no relacionadas con cuentas, de modo que el objeto de la solicitud se ve notablemente ampliado.

Otro instrumento jurídico que incide en la cooperación judicial entre España y Estados Unidos es el Convenio entre Estados Unidos de América y el Reino de España sobre incremento de la cooperación para impedir y combatir la delincuencia grave⁵⁵. Regula la consulta de datos dactiloscópicos, de perfiles de ADN y de datos personales, de modo que se transmite información registrada en bases de datos a través de puntos de contacto nacionales.

La UE ha suscrito otro Acuerdo de asistencia judicial en materia penal, concretamente con Japón⁵⁶. De dicho Acuerdo cabe destacar ahora lo siguiente:

- Perfila el contenido de los “intereses esenciales del Estado requerido” como causa de denegación, ya que dentro de este concepto incluye que la infracción que motiva la solicitud de asistencia esté penada con pena de muerte o con pena de prisión a perpetuidad, de modo que se denegaría la asistencia salvo que ambos Estados lleguen a un acuerdo sobre las condiciones en que puede ejecutarse la solicitud.
- Regula la audición por videoconferencia, limitándola a los testigos o a los peritos. La audición la dirigirá la autoridad del Estado requirente, debiendo velar la autoridad del requerido por la correcta identificación del deponente, por la asistencia de un intérprete, y deberá cuidar que no se infrinjan los principios fundamentales de la legislación del Estado requerido. Las dispensas de declarar alegables son tanto las contempladas en la legislación del Estado requerido como las del requirente.
- Se detalla el régimen jurídico de la asistencia para la obtención de información bancaria, de modo que el Estado requerido deberá informar si la persona física o jurídica investigada es titular o tiene el control de una o más cuentas bancarias. Si así se solicita, se podrán remitir al requirente tanto extractos de cuentas, como registros de operaciones realizadas en un tiempo determinado.
- Por último cabe mencionar que otras diligencias de investigación, como el registro de personas, objetos o lugares, o la cesión temporal de detenidos a efectos probatorios se regulan en términos similares a los convenios bilaterales ya analizados. Sin embargo, en otros aspectos se evidencia que el grado de colaboración en materia penal con Japón no pretende alcanzar medios de investigación propios de una estrecha colaboración, y así, a diferencia de lo que ocurre con el convenio entre Estados Unidos y la Unión Europea, en el de Japón no se autoriza la constitución de equipos conjuntos de investigación.

⁵⁵ Hecho en Washington el 23 de junio de 2009, su aplicación provisional fue publicada en el BOE de 17 de septiembre de 2009.

⁵⁶ Decisión 2010/88 de 30 de noviembre de 2009, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la Unión Europea y Japón, DOUE L 39 de 12 de febrero de 2010. Decisión 2010/616 de 7 de octubre de 2010, relativa a la celebración de dicho Acuerdo, que entró en vigor el 2 de enero de 2011 (DOUE L 343 de 29 de diciembre de 2010).

2. CONVENIOS MULTILATERALES

Al margen de la cooperación en Europa, que será objeto de un estudio específico en los siguientes epígrafes, tradicionalmente España sólo había ratificado convenios multilaterales relacionados con la obtención de prueba en el marco de Naciones Unidas (en adelante NNUU)⁵⁷. Recientemente, sin embargo, la situación ha cambiado. Nuestras privilegiadas relaciones con Iberoamérica habían favorecido algunos mecanismos para reforzar la cooperación judicial, bien a través de la figura del Magistrado de enlace -por ejemplo, con Colombia- o bien con la participación de nuestro país en redes facilitadoras de la cooperación judicial en esa área geográfica, como la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial, más conocida como Iber-Red. Pero en los últimos años se ha dado un paso más mediante la ratificación de un convenio promulgado en la Conferencia de Ministros de países Iberoamericanos (COMJIB). Ambos ámbitos, NNUU y COMJIB, merecerán un estudio independiente dentro de este epígrafe dedicado a los convenios multilaterales suscritos por España.

Por otra parte, es digno de mención que aquellos otros instrumentos que se han promulgado para favorecer la cooperación entre todos los países americanos, con muchos de los cuales tenemos tantos vínculos históricos o lingüísticos, no están abiertos a España por el hecho de que emanan de organizaciones puramente americanas y por tanto pueden ser firmados únicamente por Estados de dicho continente.

Podría mencionarse, por ejemplo, que la Organización de los Estados Americanos⁵⁸ suscribió en Panamá en 1975 la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero y el protocolo adicional a dicha convención, firmado en Bolivia en 1984, simplifica esta obtención mediante la creación de unos formularios que se anexionan al convenio, constituyendo éste el único precedente en el establecimiento de esta herramienta, los formularios para la obtención de prueba, del exhorto europeo y de la orden europea de investigación, instrumentos estos europeos que analizaremos con detalle en diversos capítulos de esta investigación.

2.1 *Convenios de Naciones Unidas*

No está de más recordar que NNUU es una organización internacional de ámbito universal creada por los Estados signatarios de la Carta de las Naciones Unidas o Carta

⁵⁷ La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE – ha promovido el Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, del que España forma parte (BOE de 22 de febrero de 2002), pero consideramos que el mismo en nada es relevante a los efectos de esta investigación pues en materia de cooperación judicial penal internacional se limita a consagrar el deber de prestarse asistencia, sin que contenga regulación alguna que incida en la obtención de prueba, motivo por el cual no será objeto de especial análisis.

⁵⁸ La Organización de Estados Americanos (OEA) fue creada por la Carta de Bogotá de 30 de abril de 1948, y constituye la consagración institucional del sistema de cooperación regional practicado en el continente americano en base a las especiales relaciones entre Estados Unidos y los países iberoamericanos. Sus antecedentes se encuentran en la Conferencia de Estados Americanos celebrada en Washington en 1899 y 1890, que inauguraron una serie de reuniones en diversas capitales de la región a fin de tratar temas específicos, que dieron lugar a la Unión Panamericana y, tras la evolución de sus órganos, se constituye formalmente la OEA en 1948. Cfr. PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 2008, pág. 799.

de San Francisco de 26 de junio de 1945 y que en la actualidad está integrada por la práctica totalidad de Estados⁵⁹.

En lo que aquí nos ocupa, la cooperación judicial penal para la obtención de prueba, la premisa de la que debe partirse es que no existe en el marco normativo de NNUU un mecanismo convencional destinado a la asistencia judicial penal general o para todo tipo de delitos. Los convenios de NNUU abordan separadamente las distintas categorías de infracciones penales. Los más relevantes de los ratificados por España son, por orden cronológico, los siguientes:

- Convención de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988⁶⁰,
- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, hecho en Nueva York el 15 de diciembre de 1997⁶¹,
- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999⁶²;
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000⁶³;
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003⁶⁴.

Del tenor literal de estos convenios se desprenden unos mismos principios y tan sólo ciertas singularidades de entidad menor relacionadas con la materia que constituye el objeto de cada convenio. En lo que de algún modo incide en la investigación y obtención de prueba penal sus disposiciones de podrían resumir como se expone a continuación.

2.1.1 Ámbito de aplicación

El ámbito material de aplicación del convenio contra la delincuencia organizada transnacional se circunscribe a las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales en las que participe un grupo delictivo organizado⁶⁵ en relación con los delitos previstos en la convención siempre que la víctima, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentren en el Estado requerido.

En el convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, en el de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y en el de financiación del terrorismo, las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales deben versar sobre los delitos tipificados en sus respectivos articulados. Expresamente

⁵⁹ En relación con la naturaleza jurídica de la Organización de Naciones Unidas, su tratado constitutivo, principios, miembros y estructura orgánica, funciones y organismos especializados vinculados a ella véase Cfr. DIEZ DE VELASCO, M., *Las organizaciones internacionales*, Madrid, 2008, pág. 151-434.

⁶⁰ BOE de 10 de noviembre de 1990.

⁶¹ BOE de 12 de junio de 2001.

⁶² BOE de 23 de mayo de 2002.

⁶³ BOE de 29 de septiembre de 2003.

⁶⁴ BOE de 19 de julio de 2006.

⁶⁵ La propia convención describe “grupo delictivo organizado” como un grupo estructurado, de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados en la convención siempre que el propósito sea obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material.

se menciona que la cooperación se extenderá a la obtención de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en poder de los Estados Parte.

El convenio contra la corrupción se aplicará para la prevención, investigación y el enjuiciamiento de la corrupción, el embargo preventivo, incautación, decomiso y restitución del producto de los delitos tipificados en la convención - y que cada Estado signatario se compromete a tipificar en sus respectivos ordenamientos internos -. La cooperación al amparo de este convenio se extiende no sólo a los asuntos penales, sino también a las investigaciones y procedimientos de naturaleza administrativa y civil relacionados con la corrupción.

En todos estos convenios se prevé expresamente que la asistencia se prestará en la mayor medida posible. En el caso de existir un tratado de asistencia recíproca entre los Estados, dichas disposiciones tendrán preferente aplicación, salvo que convengan en aplicar las del convenio, instando a los Estados a acordarlo expresamente si son más facilitadoras de la cooperación que las previsiones de los otros tratados.

2.1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación

En todos los supuestos de cooperación, también para la represión de atentados terroristas con bombas, el traslado de una persona detenida o que esté cumpliendo condena en el Estado requerido requerirá siempre el consentimiento de la persona privada de libertad. En caso de acordarse el traslado, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en relación con hechos anteriores diferentes de los que originaron la solicitud.

Siempre con respeto al derecho interno, el convenio contra la delincuencia organizada transnacional y el de corrupción contemplan que se transfiera espontáneamente información relativa a cuestiones penales cuando ello permita el inicio de un proceso penal o concluir con éxito un procedimiento ya en curso. En estos mismos convenios se regula la posibilidad de que el testigo o perito declare por videoconferencia, instrumento este que se considera puede favorecer la protección del declarante⁶⁶ y que deberá utilizarse siempre que hacerlo no vulnere los principios fundamentales del derecho interno del Estado requerido. En caso de que la audiencia se celebre a través de este mecanismo, asistirá a la misma una autoridad del Estado requerido pero la audiencia estará a cargo de la autoridad requirente. En relación con la prueba documental, ambos convenios estipulan que el requerido deberá facilitar copia de los documentos que obren en su poder y estén al alcance del público en general y quedará a su criterio -y a las condiciones que juzgue apropiadas- proporcionar copias también de los documentos que no estén al alcance de dicho público.

⁶⁶ MOURAZ destaca la atención que prestan los convenios de NNUU a la protección de los testigos pues partiendo del carácter fundamental de la prueba testifical para la demostración de los hechos objeto de prueba resulta también necesario compatibilizar la utilidad de esta prueba con la realidad criminal compleja y grave implícita a la delincuencia organizada. Por ello el convenio de delincuencia organizada establece un marco global de protección de testigos instando a los Estados a que desarrollen procedimientos destinados a facilitar nuevos domicilios a los testigos o para impedir que su identidad o paradero sea conocido. También destaca este autor que en el convenio contra la corrupción se desarrolla un “derecho premial” entendiendo por tal un conjunto de normas sustantivas y mecanismos procesales para la protección de las personas que ofrezcan informaciones relevantes en materia de corrupción, así como unos mecanismos de exención o atenuación de la culpa cuando exista colaboración con las autoridades encargadas de la investigación de estos delitos, Cfr. MOURAZ LOPES, J., “Delincuencia organizada, droga y corrupción” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág. 819-820 y 831.

Como singularidades del convenio contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, éste permite:

- establecer canales de comunicación entre los servicios competentes para el intercambio rápido y seguro de información sobre las actividades delictivas objeto del convenio,
- la cooperación en las indagaciones para esclarecer la identidad, paradero o actividades de los implicados, el movimiento del producto del delito y de las propias sustancias estupefacientes, sicotrópicas y materiales o instrumentos utilizados para la comisión de estos delitos,
- favorecer la puesta a disposición de las cantidades necesarias de sustancias para su análisis e investigación,
- facilitar la coordinación entre organismos y servicios competentes, con posibles intercambios de personal o funcionarios de enlace.

Ya de manera común en los tres convenios se dispone que, siempre que medie un previo acuerdo bilateral o multilateral, ya sea éste general o concertado específicamente para cada caso, las autoridades de los correspondientes Estados parte podrán utilizar los siguientes instrumentos y técnicas:

- establecer órganos mixtos de investigación: la única limitación al respecto es que se respete plenamente la soberanía del territorio donde deba efectuarse la investigación⁶⁷.
- entregas vigiladas, vigilancia electrónica u operaciones encubiertas, debiendo respetarse los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de los Estados al respecto.

Objeto de análisis específico en el convenio contra la delincuencia organizada transnacional y en el convenio contra la corrupción es la figura del informador o confidente, contemplándose que si los principios fundamentales del derecho interno lo permiten se le pueda conceder o una mitigación de la pena o incluso inmunidad judicial si su cooperación es sustancial en la investigación o enjuiciamiento de estos delitos.

El convenio para la represión de la financiación del terrorismo⁶⁸ alude a la cooperación en la investigación de los delitos objetos del convenio, específicamente en lo que respecta a la identidad, paradero y actividades de las personas con respecto a las cuales existen sospechas razonables de que participan en dichos delitos; también en relación con los movimientos de fondos relacionados con estas actividades delictivas.

⁶⁷ BORJON apunta que durante la Conferencia Internacional que se reunió en la ciudad de Palermo y que dio lugar a la Convención contra la Delincuencia Organizada Internacional aprobada el 15 de noviembre de 2000 estaba latente la preocupación de que las potencias hegemónicas utilizaran el pretexto de la delincuencia internacional para intervenir en la política interna y externa de los países, y de ahí que se consagre expresamente la necesidad de respetar la soberanía de los Estados en el texto de la convención, cfr. BORJON NIETO, J.J., *Cooperación internacional contra la delincuencia organizada transnacional*, México, 2005, pág. 172.

⁶⁸ DE PRADA aprecia una doble vía de cooperación internacional en este convenio, una modalidad de cooperación para prevenir el terrorismo y otra modalidad cuya finalidad sería la persecución de los actos delictivos ya cometidos, Cfr. DE PRADA SOLAESA, J.R., “Terrorismo: convenios sectoriales. Financiación y blanqueo” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág.859.

El intercambio espontáneo de información o de pruebas debe tener como finalidad esclarecer la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas ubicadas en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando la persona responsable de su dirección y control cometa en calidad de tal uno de los delitos comprendidos en el ámbito de la convención.

Finalmente, el convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bomba regula de manera detallada la cooperación entre los Estados parte para la prevención de estas conductas delictivas, concretamente mediante el intercambio de información o la investigación de detección de explosivos.

2.1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud

Los convenios ahora analizados regulan de manera uniforme las cuestiones de procedimiento, aunque de nuevo debe hacerse la salvedad del suscrito para la represión de actos terroristas cometidos con bombas, que se remite a los tratados bilaterales o a sus respectivas legislaciones nacionales.

Las solicitudes deberán presentarse por escrito, permitiéndose que en caso de urgencia se formulen oralmente y sean confirmadas por escrito sin demora.

Deberá contener la solicitud las siguientes indicaciones:

- a) Identidad de la autoridad solicitante,
- b) Objeto e índole de las investigaciones o de los procesos judiciales,
- c) Resumen de los hechos (salvo que se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales),
- d) Descripción de la asistencia y de las especialidades procedimentales que el Estado requirente solicita se apliquen,
- e) De ser posible, identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada y
- f) Finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

Se contempla en el convenio contra la delincuencia organizada transnacional y en el de corrupción que se podrá justificar en la solicitud el plazo en el que se solicita se cumplimente la asistencia judicial y que el requerido deberá intentar cumplirlo.

Prevén los convenios que el Estado requerido solicite información complementaria antes de llevar a cabo la prestación de asistencia o que supedite la misma al cumplimiento de una serie de condiciones.

El idioma de las solicitudes al amparo de estos convenios será el exigido por el Estado requerido, que a tal efecto tendrá que haber declarado al depositar su instrumento de ratificación o adhesión al instrumento el idioma que considera admisible.

La recepción y transmisión de las solicitudes, tanto en la asistencia en materia de estupefacientes como en delincuencia organizada y corrupción, se cursará a través de autoridades centrales designadas por las partes. Cabe que alguno de los Estados signatarios exija que las solicitudes le sean enviadas por vía diplomática y, en caso de urgencia, a través de la Organización Internacional de Policía Criminal.

2.1.4 Legislación aplicable a la prestación de asistencia

La asistencia judicial en todos los casos se prestará de conformidad con la legislación del requerido, pero cabe que se respeten los procedimientos indicados por el requirente en su solicitud, siempre que hacerlo sea conforme con el derecho interno del requerido (previsión ésta que no se contempla en el convenio para la represión de actos terroristas cometidos con bombas).

2.1.5 Gastos

Los gastos de la asistencia judicial correrán a cargo del requerido, salvo pacto expreso en contrario, con consultas expresas al respecto si se prevé que el importe de los gastos sea cuantioso.

2.1.6 Causas de denegación o de limitación de la asistencia

Las causas de denegación de la asistencia se detallan en los convenios sobre delincuencia organizada, corrupción y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, configurándolas todas como facultativas:

- Que la solicitud no sea conforme con lo dispuesto en el convenio.
- Que el cumplimiento de lo solicitado menoscabe la soberanía, seguridad, orden público o intereses fundamentales del requerido o sea contrario a su ordenamiento interno prestar dicha asistencia.
- Que la legislación interna del Estado requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo si fuera de su propia competencia.

En el caso específico del convenio contra la delincuencia organizada transnacional y en el de corrupción se contempla también como causa facultativa de denegación de asistencia la ausencia de doble incriminación. En el convenio contra la corrupción es analizada esta causa de denegación con cierto detalle, enfatizándose que el Estado parte requerido deberá tener siempre en cuenta la finalidad de la convención, que no es otra que prevenir y combatir eficazmente la corrupción, apoyar la cooperación en la lucha contra estos delitos y promover la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos. Se señala que, aun cuando no exista doble incriminación, la asistencia deberá prestarse si no entraña medidas coercitivas y que el requisito de doble incriminación se considerará cumplido si la conducta es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados aunque no esté incluido en la misma categoría o se denomine con distinta terminología en uno y otro Estado. Sin embargo, en el convenio contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, no se menciona la ausencia de doble incriminación como causa de denegación de la asistencia. A este respecto sólo cabe destacar que la convención sí se encarga de enfatizar que los delitos que deben ser objeto de tipificación en virtud de dicho convenio no tendrán la consideración de delitos fiscales, ni delitos políticos, ni delitos políticamente motivados, todo ello a los fines de cooperación judicial prevista en la propia convención.

En el convenio para la represión de la financiación del terrorismo y en el suscrito para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas es causa de denegación de la asistencia que existan fundados motivos para creer que la solicitud se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos. Ahora

bien, se menciona expresamente que a los efectos de asistencia judicial recíproca ninguno de los delitos abarcados por dichos convenios tendrán la consideración de delitos políticos, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos, en consecuencia no podrá rechazarse la asistencia judicial recíproca alegando como única razón que se trata de un delito político.

Salvo en el convenio para la represión de actos terroristas cometidos con bombas, que por su propia temática no aborda esta materia, en los demás convenios ahora analizados el secreto bancario no podrá ser invocado como causa de denegación del auxilio judicial. En el convenio contra la delincuencia organizada, la financiación del terrorismo y en el de corrupción se señala, además, que no será tampoco casusa de denegación que la solicitud esté relacionada con asuntos fiscales.

2.1.7 Uso de la prueba obtenida

También con la salvedad del convenio para la represión de actos terroristas cometidos con bombas, que nada estipula al respecto, el principio de especialidad se recoge en idénticos términos en los convenios, de modo que la información o pruebas obtenidas en virtud de una concreta solicitud de auxilio judicial al amparo de estos convenios no podrán ser utilizadas ni transferidas por el requirente para procesos o actuaciones distintas a las indicadas en la solicitud, salvo que medie consentimiento expreso del requerido.

Se contempla también en ellos la inmunidad de toda persona que acceda a acudir al territorio del Estado requerido para colaborar en un proceso, de modo que no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna restricción de su libertad personal por hechos anteriores a su salida del territorio del Estado requerido. Este salvoconducto cesará si permanece quince días consecutivos en el Estado requirente tras haberle notificado oficialmente que no se requería más su presencia.

2.2 Conferencia de Ministros de Justicia de países Iberoamericanos

La COMJIB es una organización internacional que agrupa a los Ministerios de Justicia e instituciones homólogas de los 21 países de la Comunidad Iberoamericana y que tiene por objeto el estudio y promoción de formas de cooperación jurídica entre los Estados miembros. Se constituyó mediante el Tratado Constitutivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, hecho en Madrid el 7 de octubre de 1992⁶⁹.

En el seno de esta organización internacional España ratificó el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010⁷⁰. De este convenio⁷¹ nos interesa destacar:

- Tras definir qué debemos entender por videoconferencia, limita su uso a una serie de condiciones, consistentes en que: a) no contradiga el derecho nacional de las Partes; b) medie una solicitud concreta e individualizable, remitida por autoridad competente del Estado requirente; c) sea aceptado por autoridad competente de la Parte requerida y d) sea técnicamente realizable;

⁶⁹ Instrumento de ratificación por España en BOE de 17 de julio de 1998.

⁷⁰ Instrumento de ratificación por España en BOE de 13 de agosto de 2014.

⁷¹ Cfr. GARCÍA MORENO, J.M., “La asistencia penal internacional a través de la videoconferencia”, *Revista de Jurisprudencia*, 2012.

- Se aplica a testigos, peritos y también a procesados o imputados, en este caso con sujeción al derecho interno de cada Parte, debiendo respetarse todos los derechos y garantías procesales, en especial el derecho a contar con asistencia letrada, contemplándose que los Estados miembros declaren que no lo aplicarán para imputados.
- Contiene normas detalladas sobre la información que debe remitirse con la solicitud de la videoconferencia (la referencia a un eventual derecho de objeción a declarar, según se recoge en el derecho de la Parte requirente y la referencia a las eventuales consecuencias de la negativa a declarar de conformidad con ese mismo derecho) sobre el desarrollo y sobre el acta que debe levantarse.

No se contiene ninguna referencia expresa a la legislación que será de aplicación durante el desarrollo de la videoconferencia. En concreto, que no hay mención alguna a la legislación del Estado requerido o *lex loci*. De hecho podría concluirse que el convenio quiere hacer aplicable únicamente la *lex fori* y de ahí que se incluya en la solicitud el régimen legal de las dispensas a declarar o de las consecuencias que conllevaría la negativa a declarar conforme a la legislación de la parte requirente.

3. LA COOPERACIÓN JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

La Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de NNUU de fecha 25 de mayo de 1993 creó el Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia. Esta resolución fue incorporada a nuestro derecho interno, previo acuerdo del Consejo de Ministros y a través de la oportuna publicación en nuestro boletín oficial⁷². La Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio⁷³ regula la cooperación con dicho tribunal.

A su vez, la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de fecha 8 de noviembre de 1994 creó el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda, también oportunamente incorporada a nuestra legislación⁷⁴, regulando la cooperación con este tribunal nuestra Ley Orgánica 4/1998⁷⁵.

Ambos tribunales⁷⁶ se crearon por el Consejo de Seguridad de NNUU, al amparo del capítulo VII de la Carta de NNUU, sin que se precise, en consecuencia, el consentimiento previo de los Estados para poder emprender acciones contra ellos. Son tribunales *ad hoc*, de modo que su funcionamiento está limitado a un periodo de tiempo determinado⁷⁷.

⁷² BOE de 24 de noviembre de 1993.

⁷³ BOE de 2 de junio de 1994.

⁷⁴ BOE de 24 de mayo de 1995.

⁷⁵ BOE de 2 de julio de 1998.

⁷⁶ En relación con las diferencias entre el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda cfr. DELGADO CÁNOVAS, J.B., *Naturaleza y estructura básica del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Granada, 2000, pág. 29 y Cfr. GONZÁLEZ VEGA, I.U., “Instrumentos multilaterales en el ámbito de las Naciones Unidas. La jurisdicción penal internacional” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág.765-768.

⁷⁷ Las otras dos opciones para su constitución habrían sido la convencional y mediante resolución de la Asamblea General. En el primer caso, razones de urgencia y eficacia lo impidieron, dado que no podía

Con el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 nace la Corte Penal Internacional. La Ley Orgánica 6/2000 autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁷⁸. Verificada dicha ratificación⁷⁹, se promulga la Ley Orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional⁸⁰.

En el marco de la Unión Europea, los instrumentos promulgados en esta área son la Decisión 2002/494/JAI de 13 de junio de 2002, que crea una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra⁸¹ y la Decisión 2003/335/JAI de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra⁸².

Con ellos surge una nueva forma de cooperación judicial penal, la cooperación entre un Estado y los Tribunales o Cortes Internacionales⁸⁴. En estos casos la cooperación reviste una singular importancia, puesto que los Tribunales Internacionales dependen de la cooperación de los Estados no sólo en la fase de enjuiciamiento, sino también en la de ejecución de las penas⁸⁵.

3.1 Los Tribunales Internacionales

En el caso de los Tribunales Internacionales, tanto para la ex Yugoslavia como para Ruanda, sus Estatutos prevén la obligación de los Estados de cooperar⁸⁶, estableciendo expresamente que dicha cooperación abarcará la presentación de pruebas, debiendo atender las solicitudes sin demora.

asegurarse la existencia de suficientes ratificaciones para que entrara en vigor, y en el segundo de los casos, no habría tenido carácter obligatorio, dado que la Asamblea no puede adoptar más que recomendaciones. De ahí que se acudiera al Consejo de Seguridad, Cfr. BELTRAN MONTOLIU, A., *Los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y prueba*, Valencia, 2003, pág. 23-26.

⁷⁸ BOE de 5 de octubre de 2000. También hay que tener en cuenta el Instrumento de ratificación de la Enmienda al artículo 8 y las Enmiendas relativas al crimen de agresión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptadas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010 (BOE de 24 de diciembre de 2014) y Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010 (BOE de 18 de septiembre de 2014).

⁷⁹ BOE de 27 de mayo de 2002.

⁸⁰ BOE de 11 de diciembre de 2003.

⁸¹ DOCE L 167 de 26 de junio de 2002.

⁸² DOCE L 118 de 14 de mayo de 2003.

⁸³ Sobre las relaciones entre la Unión Europea y la Corte Penal Internacional véase Cfr. PONS RAFOLS, F.X., “La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, número 16, 2003.

⁸⁴ Junto a éstos existen los llamados “tribunales internacionalizados”, que son aquellas jurisdicciones penales mixtas creadas a instancia de Naciones Unidas, bien por Acuerdo expreso con el gobierno (Tribunal Especial para Sierra Leona, Salas Especiales para Camboya, o Tribunal Especial para el Líbano) o a través de un Reglamento de una Administración de Transición (Timor Oriental). Al respecto, Cfr. FRASCHINA, A., “Una nueva jurisdicción penal de carácter internacional: El Tribunal Especial para el Líbano”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2008. Estos tribunales no serán objeto de nuestro estudio al no estar expresamente reguladas en nuestro ordenamiento normas específicas de asistencia judicial penal con los mismos.

⁸⁵ Cfr. AMBOS, K., “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, número 7, 2005, que destaca que estos Tribunales Internacionales son “una cabeza sin manos”.

⁸⁶ Es la cooperación vertical a que alude AMBOS K., en “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, *cit.*, que no depende de la decisión soberana de los Estados afectados y que como obligación es el resultado directo del efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad de NNUU.

Las Leyes Orgánicas que desarrollan esta obligación de cooperación atribuyen al Ministerio de Justicia la condición de autoridad central para la recepción de estas solicitudes y se designa a los órganos de la Audiencia Nacional como los exclusivamente competentes para la cooperación con los Tribunales Internacionales.

3.2 La Corte Penal Internacional

Mayor interés despierta la cooperación con la Corte Penal Internacional⁸⁷. El Estatuto de Roma se estructura en un preámbulo y 128 artículos, agrupados sistemáticamente en trece partes, una de las cuales está dedicada en exclusiva a la cooperación internacional y a la asistencia judicial, siendo su contenido, en síntesis, como se expone.

3.2.1 Ámbito de aplicación

Se sienta el principio general de que los Estados Partes cooperarán plenamente con la Corte⁸⁸ en relación con la investigación y enjuiciamiento de crímenes de su competencia⁸⁹, de modo que si el Estado se niega a dar curso a la solicitud de la Corte o le impide ejercer las funciones y atribuciones previstas en el Estatuto, la Corte podrá remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Parte o al Consejo de Seguridad de NNUU si éste le hubiera remitido la cuestión.

Entre las solicitudes que puede cursar la Corte ante los Estados se encuentra la asistencia que consista en practicar pruebas -incluidos los testimonios bajo juramento -y producir pruebas -incluidos los dictámenes o informes periciales que requiera la Corte⁹⁰-.

Se menciona también en relación con la obtención de prueba que la solicitud puede consistir en interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento, realizar inspecciones oculares, practicar allanamientos y preservar pruebas, para finalizar concluyendo que objeto de asistencia puede ser cualquier actividad no prohibida por la legislación del Estado requerido y que esté destinada a facilitar la investigación y enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte. En el caso de que la ejecución de la asistencia estuviera prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente, el Estado deberá celebrar sin demora consultas con la Corte para resolver la cuestión, de modo que se valore si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones. De no hallarse esta posibilidad, será la Corte la que deberá modificar la solicitud.

⁸⁷ Al respecto cfr. BUJOSA VADELL, L., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona, 2008; cfr. OLÁSOLO H., *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, (KAI AMBOS, EZEQUIEL MALARINO Y GISELA ELSNER ed.) Alemania, Uruguay, 2007, pág. 315-350 y cfr. CID MUÑOZ, M.I., *La Corte Penal Internacional*, Madrid, 2008.

⁸⁸ Se trata de un régimen de cooperación mixto, menos vertical que el previsto para los Tribunales *ad-hoc*, pero que va más allá de una simple cooperación horizontal, estando basado en un Tratado Internacional y no en una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, cfr. AMBOS, K., “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, *cit.*

⁸⁹ En relación con la competencia de la Corte Penal Internacional cfr. DIAZ PITA, M.P., “Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional” en *Revista Electrónica de estudios internacionales*, número 9, 2005.

⁹⁰ OLÁSOLO pone de manifiesto la falta de una regulación comprehensiva del procedimiento de ejecución de solicitudes de cooperación con al Corte en la Ley Orgánica 18/2003 distintas de la detención y entrega de personas, lo que impondrá una importante tarea interpretativa al Juez de Instrucción competente, cfr. OLÁSOLO, H., *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, *cit.*, pág. 350.

También se regula específicamente la cooperación pasiva de la Corte Penal Internacional, es decir, cuando es el Estado parte que lleva a cabo una investigación o un enjuiciamiento el que solicita asistencia a la Corte. En este caso es facultativo para la Corte prestar o no dicha asistencia, pudiendo ser objeto de esta solicitud la transmisión de declaraciones, documentos u otros elementos de prueba. Ahora bien, si para obtener dicha prueba la Corte hubiera pedido asistencia a otro Estado, no cabe la cesión o transmisión de la prueba sin el consentimiento del Estado cuya cooperación fue necesaria para la obtención.

3.2.2 Regulaciones específicas de diligencias de prueba

Cabe la cesión de información o documentos confidenciales por parte del Estado a la Corte, pero en este caso el Fiscal sólo lo podrá utilizar para reunir nuevas pruebas. Sólo si se autoriza la divulgación posterior estos documentos pueden ser utilizados como medios de prueba.

El Estatuto de Roma es el único instrumento internacional que posibilita que la autoridad extranjera, dándose una serie de condiciones que se expondrán a continuación, se traslade al territorio del Estado parte y ejecute directamente la solicitud sin intervención de las autoridades del Estado requerido. Las condiciones son:

- Que la solicitud se ejecute sin necesidad de medidas coercitivas,
- Que sea esencial para la ejecución de la solicitud que se ejecute sin la presencia de las autoridades del Estado requerido,
- Que se celebren las oportunas consultas al respecto con el Estado requerido.

BUJOSA analiza los problemas de constitucionalidad que esta disposición ha suscitado en varios países, entre ellos España, específicamente en cuanto que esta facultad podría suponer la cesión de funciones jurisdiccionales. Considerar que tiene cabida en la previsión del artículo 93 de la Constitución Española no permite entender que cabe ceder la restricción de derechos fundamentales, materia ésta que no puede ser objeto de cesión alguna. De ahí que propugne que se equipare “medidas coercitivas” con “medidas restrictivas de derechos fundamentales” de modo que, en virtud del propio Estatuto de Roma, estas medidas nunca podrían ser objeto de la facultad ahora analizada⁹¹.

Para el traslado provisional de un detenido que se encuentre en el Estado requerido es necesario que preste su consentimiento.

3.2.3 Forma, idioma contenido y transmisión de la solicitud

La solicitud se exige que sea escrita, aunque en caso de urgencia podrá hacerse por otro medio, a condición de que la solicitud sea confirmada con posterioridad.

Las indicaciones que deberán consignarse en todo caso son:

- Exposición concisa de su propósito y de la asistencia solicitada, incluidos los fundamentos jurídicos y los motivos de la solicitud,

⁹¹Sobre esta extraordinaria facultad, cfr. BUJOSA VADELL, L., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, cit, pág. 242-249.

- Información lo más detallada posible del paradero o identificación de la persona y del lugar objeto de búsqueda,
- Exposición concisa de los hechos esenciales que fundamentan la solicitud,
- Indicaciones de los procedimientos que deban seguirse o requisitos que deben cumplirse,
- Cualquier información que pueda ser necesaria de conformidad con el derecho interno para cumplir con la solicitud, así como cualquier otra información pertinente.

Si la solicitud plantea problemas (información insuficiente, que la solicitud obligue al requerido a no cumplir con una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado, por ejemplo) se puede elevar una consulta a la Corte.

La solicitud y los documentos que le acompañen deberán cursarse en el idioma del Estado requerido o en uno de los idiomas de trabajo de la Corte, según la elección de cada Estado parte. Pero las respuestas del Estado requerido irán en todo caso en su idioma y de forma original.

La transmisión de la solicitud se hará por vía diplomática o por cualquier otro conducto designado por cada Estado parte en la fecha de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del Estatuto. También podrá transmitirse por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal o cualquier organización regional competente, sin que se requiera en estos supuestos que se trate de casos urgentes.

La Ley Orgánica 18/2003, de cooperación con la Corte, configura la Audiencia Nacional como el único órgano competente para la cooperación pasiva, regulando con detalla la asistencia consistente en la entrega de una persona a la Corte. Recibida la solicitud a través del Ministerio de Justicia, que es la autoridad de relación entre la Corte y los órganos judiciales o fiscales españoles, transmitirá la solicitud al órgano judicial competente de la Audiencia Nacional, comunicándolo así a la Corte. El Ministerio de Justicia es también la autoridad de consulta en los casos en los que puede ser necesario recabarlas. De estas habrá que informar previamente y en cada una de ellas al Ministerio de Asuntos Exteriores; si la consulta conllevara implicaciones que puedan afectar al Ministerio de Interior o al de Defensa también se recabará informe de ellos.

3.2.4 Legislación aplicable

El principio sustantivo fundamental en la cooperación con la Corte es que el cumplimiento de las solicitudes de asistencia deberá hacerse de conformidad con los procedimientos internos del derecho interno del Estado requerido. En este sentido se enfatiza la necesidad de que los Estados aseguren que en su legislación dispongan de procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación previstas en el Estatuto. Ahora bien, salvo que la legislación del requerido lo prohíba, la solicitud se cumplirá en la forma especificada en la solicitud, autorizando a las personas mencionadas en ella a que estén presentes y presten asistencia en el trámite.

Hay previsión de inmunidad, de modo que las personas que comparezcan ante la Corte no podrán ser perseguidas o detenidos por acto u omisión anterior a la salida del Estado requerido. En idéntico sentido, el que haya sido entregado a la Corte en virtud del Estatuto no podrá ser procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que constituya la base del delito por el cual haya sido entregado. Pero

en este caso, cabe dispensar el principio de especialidad, pues la Corte puede pedir al Estado que hizo la entrega que le dispense del cumplimiento de este principio, siendo facultativo hacerlo para los Estados - aunque se les insta en el articulado del Estatuto a que procuren hacerlo -.

3.2.5 Gastos

Los gastos ordinarios correrán a cargo del Estado requerido, salvo los que se relacionan expresamente, que correrán a cargo de la Corte y que se refieren a gastos de viaje y seguridad de magistrados, fiscales, secretarios, funcionarios, testigos, peritos, traslado de personas detenidas, gastos de traducción, interpretación, costo de informes periciales, y demás gastos extraordinarios. Si la cooperación de la Corte fuera pasiva, correrá ésta con los gastos ordinarios.

3.2.6 Causas de denegación de la asistencia

El único motivo de fondo que se recoge para justificar que se deniegue la asistencia es que la misma, en su totalidad o parte, suponga la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a la seguridad nacional del Estado requerido.

4. CONVENIOS DEL CONSEJO DE EUROPA

El Consejo de Europa es una organización internacional que nace tras la Segunda Guerra Mundial con el propósito de unir a Europa en torno al respeto de los derechos y libertades fundamentales del hombre. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, se articula como el instrumento jurídico fundamental de una Europa que, en palabras de Winston Churchill, debe aspirar a convertirse en los Estados Unidos de Europa⁹².

Desde que fuera creado en 1949, el Consejo de Europa ha tenido un papel protagonista en la cooperación judicial penal, tanto por las importantes materias que abordan los Convenios que se han venido promulgando en su seno, como por el elevado número de países que se han adherido a los mismos. En ello ha sido decisivo que la UE optara por una integración inicialmente económica, produciendo el efecto indirecto de dejar en manos de otra organización europea, el Consejo de Europa, la cooperación en asuntos jurídicos y judiciales⁹³.

Conviene recordar, no obstante, que el Consejo de Europa tiene una dimensión paneuropea, estando hoy día integrado por cuarenta y siete países miembros y cinco Estados observadores⁹⁴ de ámbitos geográficos distintos al europeo, lo que permite

⁹² El Consejo de Estado, en su Informe sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español de 14 de febrero de 2008, cuyo epígrafe VI se dedica a reflexionar sobre el papel del Consejo de Europa en la construcción europea, nos recuerda que se trata de una organización de cooperación política, no de integración, por lo que sus resoluciones tienen un carácter más persuasivo que vinculante, siendo esto lo que le distingue de las Comunidades Europeas, que desde sus inicios se configuraron como típicas organizaciones de integración. Cfr. AAVV, *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado, Madrid, 2008, pág. 197.

⁹³ Cfr. IRURZUN MONTORO, F., “La convención europea. Líneas de desarrollo en materia de cooperación judicial penal” en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XIII, 2003, pág. 509.

⁹⁴ La lista actualizada se encuentra disponible en la página web del Consejo de Europa: <http://www.coe.int/DefaultEN.asp>

vislumbrar la importancia de esta organización y el decisivo papel que desempeña en las relaciones internacionales.

4.1 Instrumentos específicos de asistencia judicial: el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959

En lo que concierne a la investigación y obtención de prueba penal, el instrumento jurídico esencial es el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959⁹⁵, Convenio número 30 del Consejo de Europa (en adelante CCE/1959). Nace con la vocación explícita de complementar el Convenio Europeo de Extradición de 1957⁹⁶, pero con el tiempo cobra autonomía y sustantividad propia hasta llegar a convertirse en el instrumento jurídico de referencia en esta materia, protagonismo que en cierta medida pervive todavía hoy día.

En los más de cincuenta años de vigencia del convenio – entró en vigor el 12 de junio de 1962 – se ha demostrado que es un instrumento abierto y flexible, y estas características han hecho de él un mecanismo extraordinariamente útil para la cooperación judicial penal.

Consagra el CCE/1959 desde su primer artículo el principio “*pro asistencia*”, de modo que compromete a las Partes Contratantes a prestarse la asistencia judicial más amplia posible. Esta fórmula ha permitido que pueda invocarse este instrumento para formas de cooperación judicial impensables en la época en que fue suscrito, por ejemplo, las declaraciones por videoconferencia. Por otra parte, declara su compatibilidad con cualquier otro convenio que se ciña a una esfera concreta de la asistencia judicial y permite asimismo que se suscriban nuevos acuerdos con el fin de complementarlo o de facilitar la aplicación de los principios que contiene. En base a esta previsión el CCE/1959 se mantiene vigente, pues los distintos acuerdos posteriores que han abordado la asistencia judicial penal, tanto del Consejo de Europa como de la propia UE, en lugar de sustituirlo, han venido a complementarlo, de modo que su invocación es necesaria, pues sin él carecerían de sustento los posteriores instrumentos.

La flexibilidad del CCE/1959 se desprende del hecho de que toda Parte Contratante pueda formular reserva con respecto a cualquiera de sus disposiciones, lo que sin duda redundaría en que un elevado número de Estados se hayan adherido al mismo⁹⁷. Lógicamente, estas reservas pueden dar lugar al juego de la cláusula de reciprocidad, de modo que la Parte Contratante que formuló reserva no puede reclamar a otra Parte la

⁹⁵ Abierto a la firma el 20 de abril de 1959, entró en vigor tras tres ratificaciones el 12 de junio de 1962. España lo firmó el 24 de julio de 1979, ratificándolo el 18 de agosto de 1982, entrando en vigor para nuestro país el 16 de noviembre de ese año. Aparece publicado en el BOE de 17 de septiembre de 1982.

⁹⁶ En la memoria explicativa del CCE/1959 se menciona como los primeros trabajos sobre asistencia mutua tuvieron lugar en relación con la extradición. En el curso de estos primeros estudios, el comité de expertos destacó la gran importancia de esta materia, que nunca antes había sido objeto de un convenio específico y señaló que debería tratarse en un convenio multilateral independiente a la extradición, considerando que sería aceptado por más Estados miembros que el Convenio de Extradición. Es así, por tanto, como cobra sustantividad propia la asistencia mutua en materia penal de manera diferenciada a la actividad extradicional, aunque con claro propósito de complementar y facilitar ésta. La memoria explicativa, de obligada consulta para el correcto entendimiento del convenio que ahora nos ocupa, está disponible en el enlace: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/030.htm>

⁹⁷ La lista de Estados para los que se encuentra en vigor este Convenio está disponible en el enlace: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=030&CM=8&DF=13/11/2009&CL=ENG>

aplicación de la disposición reservada más que en la medida en que ella misma la hubiere aceptado. De este modo, las sucesivas declaraciones y reservas, y el respectivo juego de la reciprocidad en base a ellas, crea un complejo entramado de disposiciones que el operador jurídico tiene que analizar detalladamente al fundamentar en este convenio la solicitud o prestación de asistencia⁹⁸. A esta dificultad hay que añadir que resulta necesario conocer la existencia de instrumentos bilaterales específicos que puedan resultar más beneficiosos para la cooperación, que serán en ese aspecto de aplicación preferente al CCE/1959⁹⁹. La suma de todas estas particularidades hacen del convenio que ahora nos ocupa un instrumento polifacético, donde puede haber una importante variación en la aplicabilidad de sus disposiciones en función de los Estados implicados en el acto concreto de cooperación.

Las declaraciones realizadas al CCE/1959 serán fundamentales en algunos aspectos, como los idiomas aceptados por cada Estado para recibir las comisiones rogatorias que deban ejecutarse en su territorio. Este régimen lingüístico será el que regirá también en los convenios de la UE, por lo que su importancia práctica es trascendental.

Sentados estos principios, a través de los treinta artículos que comprende este instrumento, profundamente analizados por algunos autores¹⁰⁰, se regulan los aspectos sustantivos y procesales que regirán los actos de cooperación, cuyas características generales expondremos a continuación.

4.1.1 Ámbito de aplicación

En lo que concierne al ámbito material de aplicación, la solicitud de cooperación judicial al amparo de este CCE/1959 tiene que versar sobre “materia penal”. Así se reseña en su título, y ello supone que la solicitud de cooperación tiene que cursarse en un procedimiento relativo a una infracción cuya represión sea competencia de la autoridad judicial de la parte requirente. Se excluyen expresamente de su ámbito tres tipos de infracciones. La primera de ellas, las infracciones militares que no constituyan infracciones con arreglo al Derecho Penal común, son excluidas imperativamente del convenio. Las otras dos, facultativas, hacen referencia a infracciones de carácter político y a las relacionadas con infracciones fiscales. La memoria explicativa conmina a hacer una interpretación amplia de los procedimientos en los que puede emitirse la solicitud de cooperación. Explícitamente menciona que debe comprender:

⁹⁸ La lista de declaraciones y reservas de cada Estado signatario está disponible en el enlace:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=030&CM=8&DF=16/03/2010&CL=ENG&VL=1>

⁹⁹ En relación con el idioma, es el caso de la cooperación hispano-lusa, que resulta significativo de lo que estamos exponiendo: las declaraciones que España realizó al amparo del artículo 16 eran en el sentido de exigir que la solicitud y la documentación anexa a la misma se recibiese debidamente traducida al español. Por su parte, Portugal declaró que los idiomas en los que admitiría la solicitud y la documentación serían el portugués y el francés. Sin embargo, entre España y Portugal está vigente el Convenio relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (BOE de 21 de enero de 1999), que permite la recepción en España de la solicitud en portugués y la remisión a Portugal de solicitudes en español, es decir, que se utilice en todo caso el idioma del Estado requirente, estableciéndose expresamente que dicha disposición es de aplicación preferente y debe prevalecer sobre las declaraciones hechas en tratado multilaterales de las que ambos Estados sean parte, por tanto, prevalece sobre las declaraciones hechas al convenio que ahora nos ocupa del Consejo de Europa de asistencia judicial en materia penal de 1959.

¹⁰⁰ Cfr. GARCÍA MORENO, J.M., “Cincuenta años del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959” en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, enero 2009.

- a) las infracciones administrativas respecto de las que conozcan los tribunales del orden penal por vía de impugnación de la resolución judicial administrativa sancionadora, aunque la asistencia sólo puede ser interesada en la fase jurisdiccional de impugnación de dicha resolución,
- b) las acciones civiles ejercitadas en el marco del proceso penal,
- c) las peticiones de indulto o de revisión de la sentencia,
- d) el proceso indemnizatorio respecto de las personas absueltas en el proceso penal.

La doctrina¹⁰¹ señala que en la práctica la interpretación del ámbito material del CCE/1959 no fue tan extensa, y de ahí la necesidad de recoger expresamente estas materias en convenios posteriores, como más adelante analizaremos.

En el CCE/1959 no hay una interpretación uniforme del concepto “autoridad judicial”, singularmente en lo que se refiere al Ministerio Fiscal, que es considerado en algunos Estados como autoridad administrativa y en otros como autoridad judicial. De ahí que el convenio prevea que en el momento de la firma, adhesión o ratificación del convenio, cada Estado formule una declaración manifestando qué autoridades han de ser reputadas autoridades judiciales a los efectos del convenio y su aplicación. Es especialmente importante traer aquí a colación el hecho de que España, tras haber declarado en su día que autoridades judiciales serían en nuestro país jueces, tribunales y fiscales, mediante declaración efectuada por nota verbal de fecha 9 de junio de 2011, añadió a los letrados de la Administración de Justicia¹⁰². Sobre la problemática que esta declaración conlleva volveremos en el epígrafe final de este capítulo.

4.1.2 Regulación específica de algunas diligencias de investigación

La finalidad de la solicitud de auxilio judicial – de la comisión rogatoria, en la terminología del convenio – es la realización de actuaciones de instrucción o la transmisión de piezas probatorias, expedientes o documentos. La memoria explicativa refiere que la alusión a la obtención de pruebas comprende, entre otros, la declaración testifical, de peritos o la declaración del acusado. El propio CCE/1959 contiene normas precisas para algunas diligencias de investigación:

-En lo que concierne a la prueba documental, se establece como regla general la posibilidad de que la Parte requerida se limite a enviar copias o fotocopias certificadas de los documentos o expedientes solicitados, de modo que sólo se remitirán originales si así lo pidiera expresamente la Parte requirente y fuera posible para la requerida. Esta solicitud de documentos, expedientes u objetos puede demorarse si fueran necesarios para un procedimiento penal en curso en la Parte requerida. Una vez entregados, serán devueltos lo antes posible, salvo que expresamente se renuncie a la devolución.

-Para la práctica de prueba testifical o pericial se establecen dos posibilidades:

* Que se practique en el territorio de la Parte requerida, en cuyo caso se procederá a la citación del testigo o del perito sin que su incomparecencia pueda ser objeto de sanción o medida coercitiva alguna. Será el requirente el que abone las indemnizaciones, gastos de viaje y dietas a que tenga derecho el testigo o perito,

¹⁰¹Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., “Cooperación judicial penal en Europa”, en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, volumen 4, 2002, pág. 353-354.

¹⁰² BOE de 12 de diciembre de 2011.

siendo la cantidad mínima a abonar la que resulte de aplicar los reglamentos del país requerido donde tiene lugar el interrogatorio.

* Si la Parte requirente estima especialmente necesaria la comparecencia personal de los testigos o peritos ante sus autoridades, deberá hacerlo constar así expresamente en su solicitud de auxilio judicial. La Parte requerida trasladará esta petición a los testigos o peritos, instándoles a que acudan al llamamiento, debiendo recoger la respuesta que éstos faciliten para que la Parte requirente tenga debido conocimiento. Deberá informarse al testigo o perito de la cantidad aproximada que le corresponderá en concepto de indemnización, gastos de viaje y de estancia, costes éstos que correrán a cargo de la Parte requirente. Sobre esta cantidad, la Parte requerida puede conceder un anticipo, que le deberá ser luego reembolsado por el requirente. En caso de que acuda al llamamiento, se aplicará la inmunidad antes mencionada en relación con la imposibilidad de que el testigo, o perito sea perseguido, detenido o sometido a restricción alguna por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida, estando vigente esta inmunidad hasta que hayan transcurrido quince días a partir del momento en que su presencia en el territorio de la Parte requerida no sea necesaria y, no obstante ello, permanezca en dicho territorio o tras abandonarlo regrese al mismo.

-Se regula también de manera específica que se deba practicar un careo y que el interviniente en el mismo esté detenido por la Parte requerida. En estos casos, se le trasladará temporalmente, pero con la condición de devolverlo en el plazo que estipule la Parte requerida. La persona trasladada deberá permanecer en situación de prisión preventiva en el territorio de la Parte requirente, salvo que la requerida solicite lo contrario. Al hilo de este traslado de detenido, se concreta la obligación de toda Parte en el convenio de autorizar el tránsito del detenido por su territorio, con la única excepción de sus nacionales, cuyo tránsito puede ser denegado.

-El interrogatorio del acusado para responder de unos hechos se menciona en relación con la inmunidad de que goza en lo que concierne a hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida y que no consten en la citación. Es el clásico principio de especialidad, plenamente consagrado en los convenios extradicionales.

-Hay dos previsiones específicas en materia de información sobre antecedentes penales. Una primera relativa a que toda Parte requerida comunicará, en la medida en que sus propias autoridades judiciales puedan obtenerlos en casos semejantes, los extractos o información relativa a antecedentes penales que soliciten las autoridades judiciales de la otra parte si son necesarios en una causa penal. Otra modalidad prevista contempla el intercambio anual de las sentencias penales y medidas posteriores que afecten a los nacionales de la otra Parte y que hayan sido objeto de inscripción en el Registro de Antecedentes Penales.

-Mención específica merece la transmisión de denuncias, pues el CCE/1959 prevé expresamente que una Parte contratante curse una denuncia con la finalidad de que se incoe un procedimiento ante los tribunales de la otra Parte, de modo que ésta deberá notificar el curso dado a la denuncia y remitir en su caso copia de la resolución dictada¹⁰³. En la práctica es ésta una forma muy habitual de que las autoridades

¹⁰³ DE MIGUEL entiende que los documentos remitidos sólo tendrán valor de denuncia, sin que puedan tener fuerza probatoria, a diferencia de lo que ocurre con otros convenios, como el número 73, relativo a la transmisión de procesos, en el que al ser objeto de transmisión el procedimiento judicial para su

judiciales europeas lleven a cabo auténticas cesiones de jurisdicción de modo que, con la formalización de la denuncia, dan prioridad a que sea la jurisdicción de otro Estado la que conozca de un determinado hecho delictivo.

- La diligencia de registro puede condicionarse a una serie de requisitos, previéndose para la misma especiales causas de denegación, como veremos más adelante.

4.1.3 Forma, idioma, contenido y transmisión de la solicitud

En todas las peticiones de cooperación deberá indicarse la autoridad que la formula, el objeto y el motivo de la petición, en lo posible la identidad y nacionalidad de la persona de que se trate y el nombre y dirección del destinatario cuando proceda. Si la solicitud tiene por objeto realizar actuaciones de instrucción, transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos, o un registro o embargo de bienes, deberá mencionarse también la inculpación y una exposición sumaria de los hechos.

Se contemplan varias alternativas para la transmisión de la solicitud dependiendo de cuál sea el objeto de la cooperación:

-La solicitud de realización de actuaciones de instrucción, transmisión de piezas probatorias, expedientes o documentos, traslado temporal de detenidos y las solicitudes de registro o embargo de bienes se cursarán por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida. De este modo, la remisión a través de la autoridad central será la regla general en la aplicación de este Convenio. Para estos supuestos generales, pero sólo opcionalmente y en caso de urgencia, se prevé la remisión directa entre autoridades judiciales, siendo necesaria siempre la vía ordinaria, a través del Ministerio de Justicia, para su devolución.

-Al margen de estos casos expuestos, la comunicación directa entre autoridades judiciales queda facultativamente circunscrita a que el objeto de la solicitud consista en la petición de antecedentes penales necesarios en una causa penal, la notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales y las peticiones referidas a investigaciones preliminares al procesamiento o transmisiones de denuncia.

Explícitamente se recoge que recibida la solicitud por autoridad que carezca de competencia para ejecutarla, deberá proceder a su remisión de oficio a la autoridad que en su país tenga competencia para dicha ejecución. Es, sin duda, una clara manifestación del principio favorecedor de asistencia judicial entre los Estados parte.

Hay algunas especificidades en los plazos de transmisión de la solicitud. Así, cuando tiene por objeto la citación de un acusado para que comparezca en el territorio de la Parte requirente, los Estados pueden estipular que la transmisión se realice con una determinada antelación a la fecha de comparecencia, antelación que no puede exceder de cincuenta días.

4.1.4 Legislación aplicable a la práctica de la asistencia

La regla general consagrada en el CCE/1959 es que se aplique la legislación del Estado requerido o *lex loci*. No obstante, se contemplan excepciones a este principio, siempre que el Estado requirente lo solicite expresamente y la legislación del Estado requerido no se oponga a ello. Estas excepciones son:

enjuiciamiento y fallo en el Estado requerido, sí tendrá valor procesal pleno lo practicado en el remitente. Cfr. DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “*El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa*”, cit., pág. 13-40.

- a) tratándose de declaración de testigos o peritos, que lo hagan bajo juramento,
- b) que la notificación de documentos procesales y de resoluciones judiciales se lleve a cabo de una forma especial.

Al margen de estas dos previsiones de ámbito ciertamente limitado, el CCE/1959 no contiene una cláusula general que permita a la autoridad requirente solicitar que se cumplan las formalidades o procedimientos que se consideren esenciales en su legislación, aunque será, en definitiva, la que deberá valorar la admisibilidad de la prueba obtenida en el extranjero. En este sentido, el convenio que nos ocupa ha quedado claramente superado por otros promulgados dentro de la Unión Europea y por muchos de los bilaterales que nuestro país ha suscrito, como hemos tenido ocasión de ver ya. Somos de la opinión, sin embargo, de que el principio de prestación de asistencia más amplia posible que consagra este CCE/1959 debe entenderse aplicable no sólo a *qué diligencias* se pueden practicar (que es sin duda su sentido original, como destaca la propia memoria explicativa y la doctrina¹⁰⁴) sino también a *cómo se deben practicar* estas diligencias. Dicho de otro modo, no vemos obstáculo legal en que la autoridad judicial española que curse una comisión rogatoria para investigar u obtener prueba al amparo de este CCE/1959 invoque este principio para solicitar que la autoridad requerida respete estos procedimientos y formalidades, pues ello redundará sin duda en la posibilidad de utilización de la prueba para el proceso español.

4.1.5 Participación del requirente en la práctica de la asistencia

Pueden intervenir en el acto objeto de la cooperación judicial internacional las autoridades del Estado requirente y las personas interesadas, exigiéndose tan sólo el consentimiento al respecto de la Parte requerida¹⁰⁵. GARCÍA pone de manifiesto la conveniencia de utilización de esta previsión en relación con actuaciones probatorias que puedan ser incorporadas al proceso en calidad de prueba anticipada, pues se garantizarían así los principios de contradicción y defensa¹⁰⁶.

4.1.6 Gastos

En relación con las costas, la ejecución de asistencia no dará lugar a reembolso de gastos entre los Estados, con las únicas excepciones de los anticipos a testigos y peritos, los honorarios de éstos y el traslado de personas detenidas, pues en todos estos casos los gastos deberá sufragarlos el Estado requirente.

¹⁰⁴ Cfr. GARCÍA MORENO, J.M., “El Convenio de Asistencia Judicial Penal de 1959” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág. 128.

¹⁰⁵ Esta previsión es tachada de intrascendente por DE MIGUEL, que puntualiza que el valor de la comisión rogatoria es exactamente el mismo estén o no presentes los jueces o fiscales españoles. Cfr. DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa” en *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Cuadernos de Derecho Judicial, volumen 23, 1995, pág. 13-40. No coincidimos con este planteamiento, en el sentido de que consideramos que puede tener una incidencia directa en que la diligencia se ejecute de manera que se garantice su admisibilidad como prueba en el juicio.

¹⁰⁶ Cfr. GARCÍA MORENO, J.M., “El Convenio de Asistencia Judicial Penal de 1959” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág.163.

4.1.7 Uso de la prueba obtenida

El CCE/1959 no contiene una previsión específica sobre el uso que puede darse a la información o la prueba recibida en el Estado requirente como consecuencia de la ejecución de la comisión rogatoria en el Estado requerido.

4.1.8 Causas de denegación de la asistencia

La denegación de la asistencia debe ser en todo caso motivada. Entre las causas de denegación de la asistencia, además de que quede fuera del ámbito de aplicación del convenio, se recoge, de manera facultativa, la posibilidad de denegar la asistencia si la ejecución de la solicitud puede causar perjuicio a la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales del país requerido.

Cuando la solicitud de auxilio tenga por objeto un registro o un embargo de bienes, la Parte puede denegar la asistencia si no se cumplen una o varias condiciones de las que se detallan en el convenio, y que hacen referencia a que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a la extradición en ambos Estados (requirente y requerido) o sólo en el requerido, o a que la ejecución de la comisión sea compatible con la legislación de éste último – la exigencia de estas condiciones requiere la previa declaración al respecto dirigida al Secretario general del Consejo de Europa –.

Cuando la solicitud tenga por objeto la entrega temporal de una persona detenida en el Estado requerido para su comparecencia personal como testigo o para un careo en el Estado requirente, se podrá denegar el traslado si la persona detenida no consiente en ello, si su presencia es necesaria en el proceso penal en curso de la Parte requerida, si con el traslado se prolongara su detención o si otras consideraciones imperiosas justifiquen esta denegación.

Debe destacarse que, salvo lo expuesto, no se recogen otras causas de denegación de la asistencia, como pudiera ser el control de doble incriminación de la conducta que ha dado lugar al procedimiento en el que se emite la solicitud de auxilio judicial internacional. En todo caso, la denegación de asistencia judicial deberá ser motivada.

4.1.9 Protocolos

Para finalizar, debe añadirse que se han suscrito dos Protocolos Adicionales al CCE/1959 ahora analizado.

-El primero de ellos, el Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978¹⁰⁷, tratado número 99, tiene como objetivo único facilitar la aplicación del convenio en materia de infracciones fiscales. Coherentemente con ello, las Partes Contratantes del mismo no podrán denegar la asistencia judicial únicamente por el motivo de que la solicitud se refiera a una infracción fiscal.

Por tanto, tiene mayor incidencia en cuanto al ámbito material del Convenio (también amplía el elenco de procedimientos en que puede emitirse la petición de auxilio) que a la obtención de prueba, aunque incide en esta última en lo que concierne a la diligencia de registro. Así, en caso de haber condicionado el registro o embargo de bienes a la doble tipificación o incriminación de la conducta, se entenderá por cumplida la condición en lo que se refiere a infracciones fiscales si la infracción es punible con

¹⁰⁷ Entró en vigor el 12 de abril de 1982. España lo firmó el 12 de abril de 1985 pero no fue ratificado hasta el 13 de junio de 1991, por lo que en vigor para nuestro país el 13 de septiembre de 1991 (BOE de 2 de agosto de 1991).

arreglo a la ley de la Parte requirente y se corresponde con una infracción de la misma naturaleza en la legislación de la Parte requerida. En este sentido, no será obstáculo que la legislación de ésta última no imponga el mismo tipo de contribuciones o impuestos o contenga una reglamentación distinta.

En materia de antecedentes penales, se amplía también el ámbito de asistencia puesto que se contempla expresamente que cualquier Parte que haya facilitado información sobre antecedentes penales comunicará a la parte interesada, a petición de la misma, en casos particulares, copia de las condenas y medidas de que se trate así como cualquier otra información correspondiente, para permitirle examinar si requieren medidas a nivel nacional. Dicha comunicación tendrá lugar entre los Ministerios de Justicia interesados.

-El Segundo Protocolo Adicional, tratado número 182¹⁰⁸, fue suscrito el 8 de noviembre de 2001. Este protocolo viene a recoger para el ámbito del Consejo de Europa los avances en la asistencia judicial logrados en los mecanismos convencionales de los que se ha dotado la UE para la asistencia judicial en materia penal, que serán objeto de análisis en epígrafes posteriores pero que baste adelantar incluyen diligencias de extraordinaria utilidad, como las videoconferencias. Es también crucial que permite ya que la autoridad requirente de asistencia interese de la parte requerida que cumpla con determinados procedimientos o formalidades en la práctica de la diligencia (*lex fori*), de modo que sólo podrá rehusarlo si hacerlo es contrario a sus principios fundamentales.

España no ha ratificado este segundo protocolo, aunque somos de la opinión de que es una necesidad perentoria que se haga, pues frecuentemente las solicitudes de asistencia judicial van dirigidas o cursadas por autoridades de países europeos no miembros de la UE pero sí del Consejo de Europa. Es más, aún hoy día, con alguno de los países integrantes de la UE el mecanismo de cooperación que está únicamente disponible es el CCE/1959 -es el caso, por ejemplo, de Grecia, Italia o Irlanda- y algunos de estos Estados, como Irlanda, sí han ratificado este segundo protocolo, por lo que las posibilidades de cooperación con este país se verían notablemente incrementadas para nuestras autoridades si España lo hiciera.

4.2 Otros convenios del Consejo de Europa

El Consejo de Europa ha promulgado otros convenios que, si bien están limitados a materias específicas, han incidido en el ámbito probatorio. Nos referimos, de entre los ratificados por España, a los siguientes convenios¹⁰⁹:

4.2.1 Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, número 73 del Consejo de Europa

Este convenio¹¹⁰ regula la posibilidad de que un Estado Parte Contratante, cuando tenga indicios de que una persona ha cometido una infracción según su legislación, solicite a otro Estado, en los casos y condiciones que contempla el convenio, que instruya un procedimiento a fin de depurar esta responsabilidad. El requirente, de este modo, transmitirá la instrucción al requerido, perdiendo su derecho a instruir esta causa.

¹⁰⁸En vigor desde el 1 de febrero de 2004, está disponible en inglés en el enlace <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/182.htm>

¹⁰⁹ Un estudio de los convenios ratificados hasta el 2010, fecha de redacción del artículo, lo encontramos en PALOMO DEL ARCO, A., “Otros convenios” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013.

¹¹⁰ BOE de 10 de noviembre de 1988.

De este convenio, en lo que aquí nos compete, es destacable que regula no mecanismos de obtención de prueba, sino la eficacia de la prueba extranjera. Lo hace al estipular expresamente que todo acto de instrucción efectuado en el Estado requirente y conforme a su legislación antes de la transmisión, tendrá en el requerido, una vez que el procedimiento ha sido transmitido a éste, la misma validez que hubiera tenido si ese acto lo hubiera efectuado la autoridad requerida. Esta máxima sólo tiene la limitación consistente en que no podrá tener fuerza probatoria superior a la que tiene en el requirente.

Una estipulación de esta naturaleza es destacable por ser absolutamente novedosa. Los demás instrumentos de cooperación judicial internacional penal regulan mecanismos para investigar en otro Estado o para practicar en el mismo diligencias con eficacia probatoria, pero en ninguno de ellos se regula su admisibilidad o validez como prueba, cuestiones éstas que quedan al arbitrio de cada órgano de enjuiciamiento en el caso concreto. Volveremos sobre esta cuestión al estudiar específicamente la admisibilidad en el proceso español de la prueba transnacional.

4.2.2 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, número 141 del Consejo de Europa y Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, número 198 del Consejo de Europa

Ambos convenios¹¹¹ (a los que nos referiremos como CCE/B/1990 y CCE/B/2005, respectivamente) se refieren al blanqueo de capitales, por ello debe hacerse referencia en primer lugar a las relaciones entre ambos. Se aplicará preferentemente el CCE/B/2005, pero ello presupone que todos los Estados llamados a cooperar sean parte en el mismo. Para el caso de que no sea así, el instrumento de cooperación será el CCE/B/1990, que por tanto sigue siendo el tratado a invocar en materia de blanqueo de capitales en relación con muchos Estados.

En ambos convenios la obligación de cooperar tiene su ámbito limitado a las indagaciones o procedimientos cuyo objeto sea la confiscación de instrumentos y productos. Por tanto, la obtención de prueba no está dirigida a acreditar el delito principal, sino a auxiliar en la investigación dirigida a la confiscación del bien. El auxilio incluirá, en consecuencia, cualquier medida dirigida a proporcionar y obtener prueba sobre la existencia, localización, movimiento, naturaleza, situación jurídica o valor de los bienes.

Importante es destacar que ya desde el CCE/B/1990 se introduce la posibilidad de que la autoridad requirente indique los procedimientos o formalidades que interesa se respeten, debiendo la autoridad requerida cumplir con ellos en la medida de lo posible. Por tanto, hay un notable avance en este punto en relación con la previsión del CCE/1959 que, como hemos visto, expresamente apenas daba margen de aplicación alguna a la *lex fori*.

El CCE/B/2005, además de contemplar el intercambio espontáneo de información, detalla tres medidas de investigación que pueden solicitarse en la petición de auxilio judicial internacional emitida en virtud de este instrumento:

¹¹¹ Publicados respectivamente en BOE de 21 de octubre de 1998 y de 26 de junio de 2010.

a) La medida de investigación más elemental consiste en la transmisión de información sobre cuentas bancarias. De este modo, previa solicitud, podrá la autoridad requerida informar al requirente si la persona física o jurídica que está siendo objeto de investigación penal es titular o tiene el control de una o varias cuentas en un banco situado en su territorio. La información se extenderá a los datos concretos de dichas cuentas, y podrá incluir también entidades financieras no bancarias si las Partes así lo acuerdan. La solicitud tendrá que cumplir unos requisitos específicos (concretamente, detallar los motivos que hacen que tal información sea fundamental así como los motivos para creer que las cuentas están en bancos del territorio del requirente, especificando, en la medida de lo posible, en qué entidades financieras y otros detalles que faciliten la ejecución). Puede condicionar la parte requerida la ejecución de la solicitud a que se den las condiciones exigidas para los seguimientos y embargos.

b) Una segunda modalidad de asistencia es la que consiste en que se informe al requirente de las operaciones bancarias realizadas en un periodo de tiempo determinado en una o más cuentas especificadas en la solicitud, incluidos los datos de cuentas emisoras o receptoras. También en este supuesto debe motivarse por qué la solicitud es importante para la investigación, podrá condicionarse por la requerida a que se cumplan las condiciones del seguimiento o embargo y podrá extenderse a entidades financieras no bancarias si hubiera acuerdo o reciprocidad al respecto.

c) El seguimiento en tiempo real de las cuentas bancarias, o su monitorización durante un tiempo determinado, es la tercera modalidad de asistencia que permite este convenio. La decisión de realizar este seguimiento deberá fundamentarse en el derecho interno de la parte requerida.

Se regulan ampliamente las causas de denegación de la asistencia, todas ellas facultativas:

- Que la acción solicitada sea contraria a los principios fundamentales del Estado requerido, que dichas medidas no pudieran adoptarse en una causa nacional similar, o que su ejecución sea perjudicial para su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales o contrario al principio *non bis in idem*;
- Que el delito sea de carácter político o fiscal;
- Que no concurran los requisitos de proporcionalidad o el de doble incriminación, aunque en relación con éste último sólo cuando en la investigación fuera necesario utilizar medidas coercitivas.
- Que si la medida coercitiva no hubiera sido autorizada por un juez o autoridad judicial, incluidos los fiscales, de la Parte requirente.

Por el contrario, se excluye expresamente el secreto bancario como causa de denegación de la asistencia, contemplándose que en caso de que la legislación nacional así lo estableciera podrá exigirse que la autoridad requirente suspenda el secreto bancario.

En cuanto a la transmisión, si bien la vía ordinaria es a través de las autoridades centrales, se contemplan dos excepciones:

- los casos de urgencia, en los que las autoridades judiciales competentes de la Parte requirente se pueden comunicar directamente con los de la Parte requerida, con la

única obligación adicional de enviar simultáneamente una copia a la autoridad central de la Parte requerida a través de la autoridad central de la requirente;

- los supuestos de auxilio en la investigación para localizar o identificar bienes, siempre que no sea necesario el empleo de coerción, donde las autoridades competentes se podrán comunicar directamente entre sí.

4.2.3 Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, número 197 del Consejo de Europa

Regula este convenio¹¹² la obligación de las Partes de cooperar entre sí en la medida más amplia posible a los efectos principalmente de llevar a cabo investigaciones o actuaciones relativas a las infracciones penales sobre trata de seres humanos.

Se arbitra la posibilidad del intercambio espontáneo de información, dentro de los límites del derecho interno, cuando la información pueda ayudar a la Parte receptora a iniciar o llevar a cabo investigaciones o actuaciones en relación con las infracciones penales abarcadas por el convenio. Esta información puede transmitirse de modo confidencial o puede someterse a ciertas condiciones para su utilización.

4.2.4 Convenio para la represión del terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y Convenio para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo 2005, convenios respectivamente números 90 y 196

El primero de los convenios¹¹³ consagra los principios tradicionales de cooperación más amplia posible en materia de terrorismo, no pudiéndose denegar la asistencia alegando que se refiera a un delito político o conexo o inspirado por móviles políticos. Sin embargo, sí cabe denegar la asistencia si la solicitud pretende perseguir o castigar a una persona en consideración a su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas. La legislación aplicable a la ejecución de la solicitud es la del Estado requerido.

El segundo convenio para la prevención del terrorismo¹¹⁴ obliga a las Partes a prestarse la asistencia más amplia posible para cualquier investigación, procedimiento penal o procedimiento de extradición relativos a los delitos mencionados en el convenio, también cuando el responsable sea una persona jurídica, señalándose expresamente que la cooperación se extenderá a la obtención de los elementos probatorios de que disponga y sean necesarios para los fines del procedimiento. La asistencia se prestará de conformidad con el tratado o acuerdo de asistencia judicial que pueda existir entre ellas, y a falta del mismo, de conformidad con su legislación interna.

4.2.5 Convenio sobre ciberdelincuencia, registrado como número 185 del Consejo de Europa, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001

En su preámbulo este convenio¹¹⁵ se refiere a la preocupación de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas para cometer infracciones penales y que las pruebas de dichas infracciones sean almacenadas y transmitidas por medio de esas redes. Por ello, la finalidad explícita del convenio es dotar de eficacia a las investigaciones y procedimientos penales relativos a la delincuencia informática,

¹¹² BOE de 10 de septiembre de 2009.

¹¹³ BOE de 8 de octubre de 1980.

¹¹⁴ BOE de 16 de octubre de 2009.

¹¹⁵ BOE de 17 de septiembre de 2010.

fundamentalmente permitiendo la recogida de pruebas electrónicas de una infracción penal.

En la sección destinada al derecho procesal, se consagra el principio de proporcionalidad y respeto al derecho interno de cada Estado en la utilización de las medidas de investigación reguladas en el convenio. En función de la naturaleza del procedimiento de que se trate, las garantías podrán requerir supervisión judicial, motivación de la aplicación o limitación del ámbito o de la duración por la que se adopte la medida.

En materia de cooperación internacional el principio que inspira todo el articulado es el de cooperación más amplia posible entre las Partes firmantes del convenio. Objetivo prioritario del convenio es establecer nuevas formas de cooperación judicial que agilicen los mecanismos de asistencia judicial y ello ante la proliferación de la delincuencia informática y la constatación de la obsolescencia y lentitud de los mecanismos tradicionales de cooperación judicial internacional¹¹⁶.

Se admite la remisión de la solicitud de colaboración por fax o correo electrónico en caso de urgencia, garantizando en todo caso la seguridad y autenticidad de la comunicación.

Una de las principales novedades en materia de cooperación judicial internacional es la creación de un sistema de puntos de contacto, nacionales o para varios Estados, que estarán en funcionamiento permanente. Su cometido es prestar asistencia tanto para la aportación de consejos técnicos o de información jurídica, como para la conservación de datos, la recogida de pruebas y la localización de sospechosos.

No cabrá oponer como causa de denegación de la asistencia el carácter fiscal de la infracción investigada, pero sí la ausencia de doble incriminación (aunque se entenderá cumplida esta condición siempre que se trate de una infracción penal, aún de distinta categoría).

El régimen jurídico de la prestación de asistencia en el ámbito del convenio de ciberdelincuencia es el previsto en el acuerdo internacional aplicable entre los Estados implicados. Ahora bien, en ausencia de dicho instrumento internacional de cooperación o de recíproca legislación uniforme de los Estados parte, el propio convenio recoge una normativa específica, que será de aplicación también cuando las partes se sometan expresamente a ella aunque exista convenio internacional entre ambas.

Esta normativa específica y subsidiaria del convenio de ciberdelincuencia va más allá de una mera regulación procedimental, afectando a cuestiones de fondo de la asistencia judicial, como queda de manifiesto al resumir sus previsiones:

- La transmisión se hará a través de autoridades centrales, que se comunicarán directamente entre sí, aunque para los supuestos de urgencia puede acudir a la comunicación directa entre autoridades. Si las solicitudes no suponen la adopción de

¹¹⁶ Cfr. PAVÓN PÉREZ, J., "La labor del Consejo de Europa en la lucha contra la cibercriminalidad: el protocolo adicional al convenio número 185 sobre cibercriminalidad relativo a la incriminación de actos de naturaleza racista y xenófobos cometidos a través de los sistemas informáticos" en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2003, pág.197-198; cfr. PÉREZ GIL, J., "Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el "Convenio sobre el Cibercrimen" en *Actualidad penal*, 2003; ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Madrid, 2014.

medida coercitiva alguna, la comunicación directa entre autoridades no precisa de razones de urgencia. Podrán tramitarse las solicitudes en todo caso a través de Interpol.

- La ejecución se realizará de conformidad con el procedimiento previsto por el Estado requirente, siempre que resulte compatible con la legislación del Estado requerido.
- Se recogen nuevas causas de denegación de la asistencia (que deberá motivarse), como que se refiera a delitos políticos o que su ejecución pudiera poner en peligro la soberanía, seguridad, orden público u otro interés esencial del Estado requerido.
- El Estado requerido puede aplazar la ejecución, o previa consulta con el requirente, condicionarla o cumplimentarla tan sólo parcialmente.
- Se consagra un deber de información sobre el curso de la solicitud de asistencia judicial.
- La comunicación de la información puede supeditarse al cumplimiento de una serie de condiciones, como que se mantenga la confidencialidad de la misma o que no sea utilizada para procedimiento distinto al que motivó la solicitud.

El convenio de ciberdelincuencia contempla unas concretas medidas de investigación, para las que se recoge un régimen de cooperación específico. Las medidas son:

1) Conservación inmediata de datos electrónicos especificados, incluidos los datos de tráfico almacenados a través de un sistema informático. Esta conservación podrá ordenarse durante el tiempo necesario, pero siempre con el límite máximo de 90 días (que facultativamente podrá permitirse por los Estados que sea prorrogado). Asimismo, los Estados parte deben asegurar la comunicación inmediata a la autoridad competente de los datos de tráfico suficientes para identificar los prestadores de servicio y la vía por la que la comunicación se ha transmitido.

En cuanto al régimen de cooperación, se contempla que las Partes ordenen la conservación inmediata en relación con datos almacenados en sistemas informáticos de su territorio siempre que el Estado requirente vaya a presentar una solicitud de asistencia para registrar, acceder, decomisar o lograr la comunicación de esos datos y así se acredite. La presentación efectiva de esta petición de asistencia posterior deberá hacerse en el plazo de 60 días.

La solicitud para la adopción de la medida cautelar de conservación debe contener mención expresa de la infracción objeto de la investigación, con sumaria exposición de los hechos investigados. Deberá especificarse tanto los datos informáticos cuya conservación se solicita como su vinculación con la infracción, justificando la necesidad de conservarlos.

La conservación se realizará de conformidad con la legislación interna del Estado requerido, estableciéndose como causas de denegación las ya mencionadas con carácter general (delitos políticos o peligro para seguridad u orden público del Estado requerido) y específicamente, la ausencia de doble incriminación, que, si bien no resulta indispensable que concurra,

puede justificar la denegación de asistencia cuando dicho requisito se requiera para la actuación posterior. Por ello, podrá denegarse la asistencia si existen indicios de que la doble incriminación no concurrirá en el momento de atender la petición principal (de registro, incautación o acceso).

2) Comunicación de los datos informáticos o de comunicación que se especifiquen relativos a los abonados, siempre que estén almacenados en un sistema informático por un prestador de servicio (por ejemplo, el tipo de servicio de comunicación utilizado, sus disposiciones técnicas, el tiempo del servicio, la identidad, dirección postal o geográfica, número de teléfono del abonado, datos de facturación y pago, y cualquier otra información relativa al lugar donde se ubican los equipos de comunicación).

Si el Estado requerido que ejecuta una solicitud de conservación de datos descubriera que un prestador de servicios de otro Estado ha participado en la transmisión de la información, comunicará inmediatamente al requirente los datos de tráfico, con la finalidad de que éste identifique al prestador de servicios y la vía por la que la comunicación ha sido realizada.

3) Registro o acceso a un sistema informático (y los datos informáticos que estén almacenados) o a un soporte de almacenamiento que contenga datos informáticos, siempre que dicho sistema o soporte se encuentre en el propio Estado. Hay dos supuestos de acceso transfronterizo a dichos datos, es decir, dos casos en los que un Estado no necesitará el consentimiento de otro:

-para fuentes abiertas, o datos informáticos almacenados de libre acceso al público, independientemente de la localización geográfica de esos datos;

-si a través de un sistema informático situado en su territorio puede un Estado acceder a los datos informáticos almacenados en otro obteniendo el consentimiento legal y voluntario de la persona autorizada a divulgarlos informáticamente.

4) Decomiso de los datos informáticos obtenidos tras un registro, que comprendería tanto la realización y conservación de una copia de tales datos, su preservación íntegra o hacerlos inaccesibles, retirándolos del sistema informático.

Tanto para el registro o acceso como para el decomiso, la asistencia se prestará de conformidad con los instrumentos internacionales y los acuerdos entre las Partes, que deberán estar basados en la legislación uniforme y en su propio derecho nacional.

5) Recogida en tiempo real de datos informáticos, incluso su grabación para puesta a disposición de las autoridades competentes. Se aplicarán las condiciones y procedimientos del Estado requerido, que deberá facilitar esta asistencia al menos para los supuestos en que éste tipo de medidas estén previstas en su propia legislación.

6) Interceptación de datos relativos al contenido de la comunicación, en tiempo real y siempre que hayan sido transmitidas a través de un sistema informático. Se prestará la asistencia en los términos de los tratados internacionales aplicables y de sus ordenamientos internos.

4.2.6 Convenio penal sobre la corrupción, número 173 del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999

La asistencia judicial internacional al amparo de este convenio¹¹⁷ se prestará en la medida más amplia posible en la investigación y persecución penal de los delitos de corrupción definidos en el texto del convenio. Se regula la posibilidad de intercambiar espontáneamente información sin que medie previa solicitud cuando ello pueda ayudar a iniciar o realizar investigaciones relacionadas con los delitos de corrupción.

La transmisión, en la línea con los demás convenios analizados en el seno del Consejo de Europa, se articulará a través de autoridades centrales, sólo en caso de urgencia podrá verificarse directamente entre las autoridades judiciales (con obligación de remisión simultánea de copia a la autoridad central).

Se podrá denegar la asistencia si prestarla es contrario a los intereses fundamentales del Estado requerido, a su soberanía, seguridad nacional u orden público. No podrá invocarse, por el contrario, el secreto bancario para denegar la asistencia; si el derecho interno exige resolución judicial para levantarlo, el requerido podrá exigir dicha resolución del requirente.

4.2.7 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011

Este convenio¹¹⁸ dedica un capítulo a la cooperación internacional que se prevé exista a los fines, entre otros, de perseguir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del convenio y llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con estos delitos. Específicamente dispone que si una Parte -que subordina a la existencia de un tratado la prestación de asistencia judicial en materia penal, la extradición o la ejecución de sentencias civiles o penales - recibe una solicitud de una Parte -con la que no tenga firmado un tratado de ese tipo- podrá considerar este convenio como base legal para prestar la asistencia con respecto a los delitos allí establecidos.

Al margen de esta previsión general, en materia de obtención y transmisión de fuentes de prueba sólo contiene una regulación detallada de la transmisión de información. Al amparo de este convenio se podrá transferir, dentro del límite de las normas establecidas en la legislación interna de cada Estado y sin necesidad de petición previa, las informaciones obtenidas en el marco de sus propias investigaciones cuando se considere que la divulgación de tales informaciones puede ayudar a la Parte que las reciba a prevenir los delitos establecidos en el convenio o a entablar o perseguir las investigaciones o los procedimientos relativos a tales delitos o que podría desembocar en una solicitud de cooperación.

4.2.8 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007

En el único precepto dedicado a la cooperación internacional en este convenio¹¹⁹ se sienta el principio de que las Partes cooperarán entre sí, en la medida más amplia posible, con el fin de, entre otros, llevar a cabo investigaciones y actuaciones en

¹¹⁷ BOE de 28 de julio de 2010. España ha ratificado también el protocolo a este convenio hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, BOE 7 de marzo de 2011.

¹¹⁸ BOE de 6 de junio de 2014.

¹¹⁹ BOE de 12 de noviembre de 2010.

relación con los delitos a los que se refiere el convenio. Además de la previsión de que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que las víctimas de uno de estos delitos puedan formular una denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia, se contiene también la previsión de que el convenio será base jurídica para la asistencia judicial mutua en materia penal o para la extradición en relación con estos delitos.

Nos interesa destacar, asimismo, que a efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos allí referidos, cada Parte deberá adoptar las medidas legislativas para recoger y almacenar -de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea - los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por esos delitos; también para que puedan transmitirse a la autoridad competente de otra Parte, de conformidad con las condiciones establecidas en su derecho interno y los instrumentos internacionales pertinentes.

5. CONVENIOS DE LA UNION EUROPEA

Los países europeos viven un proceso de integración que comenzó con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero¹²⁰ y el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea¹²¹. Los orígenes tienen un marcado cariz económico, que se mantiene con el Acta Única Europea¹²². Hasta ese momento, en materia de justicia e interior la única actividad estaba constituida por el Grupo Trevi, que fue creado por el Consejo Europeo de Roma de 1957 y que reunía a los Ministros de Justicia e Interior de los Estados miembros. El Acta Única Europea, en cuanto supone la supresión de las fronteras entre los Estados, evidencia la necesidad de intensificar las relaciones en justicia e interior. Para ello se acude a la vía convencional, vía que se caracteriza por un marcado carácter intergubernamental.

Sólo tras el Tratado de la Unión Europea¹²³, firmado en Maastricht, adquieren relevancia comunitaria ámbitos de carácter no económico, identificándose los asuntos de justicia e interior como ámbitos de interés común. Con este último tratado, se crea una estructura basada en tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común, y la cooperación policial y judicial. De este modo, los asuntos JAI, de justicia e interior, dentro del llamado “tercer pilar”, pasan a ser susceptibles de cooperación intergubernamental.

El Tratado de Amsterdam¹²⁴ mantiene esta estructura de tres pilares, pero consagrándose el objetivo expreso de construir un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia¹²⁵. Su título VI regula, en una redacción completamente novedosa, la

¹²⁰ Firmado el 18 de abril de 1951, entró en vigor el 23 de julio de 1952.

¹²¹ Firmado el 25 de marzo de 1957, entró en vigor el 1 de enero de 1958.

¹²² Firmada en Luxemburgo y La Haya el 17 y el 28 de febrero de 1986, entró en vigor el 1 de julio de 1987.

¹²³ Firmado el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. DOUE C 191 de 29 de julio de 1992.

¹²⁴ Firmado el 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999. DOUE C 340 de 10 de noviembre de 1997.

¹²⁵ El artículo B del Tratado de Amsterdam, al definir los objetivos de la Unión, señala, entre otros, “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”.

cooperación policial y judicial en materia penal¹²⁶, en la que tendrá un protagonismo indiscutible el Consejo de la Unión Europea, que por unanimidad podrá adoptar posiciones comunes, decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, decisiones y convenios.¹²⁷ Otras materias que anteriormente estaban en el tercer pilar, singularmente la cooperación en materia civil, pasan a integrarse en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, esto es, se comunitarizan.

El Tratado de Niza¹²⁸ supuso una reforma de las instituciones de la UE para que la misma pudiera funcionar eficazmente tras su ampliación a veinticinco Estados miembros en 2004 y a veintisiete en 2007, pero no introdujo modificación significativa alguna en materia de justicia e interior.

Mención específica merece el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹²⁹, que si bien fue adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004, nunca llegó a ratificarse.

Su fracaso motivó un nuevo debate sobre la UE y sus instituciones que fraguó en el Tratado de Lisboa¹³⁰, que como tendremos ocasión de exponer detenidamente, suprime la estructura de los tres pilares, pasando la cooperación policial y judicial penal a ser un ámbito en el que la Unión podrá legislar, como ya lo hiciera en el ámbito civil.

Junto con lo ya mencionado - Tratados Constitutivos de la UE y los tratados que los han modificado – es especialmente importante tener en cuenta los sucesivos programas que, en materia de asuntos de justicia e interior, se han ido aprobando¹³¹.

Aunque el primero cronológicamente sea el Plan de Acción de Viena¹³², adoptado en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, el que sin duda reviste una especial importancia es el que recoge las conclusiones del Consejo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999¹³³, fundamentalmente porque consagra el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como la piedra angular de la cooperación judicial penal europea. El Programa de la Haya¹³⁴, aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, estableció las prioridades en la consecución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia para los años 2005-2010. A continuación el Programa

¹²⁶ Sobre este nuevo ámbito de cooperación véase, por todos, cfr. JIMENO BULNES, M., “Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea” en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Barcelona, 2007 y cfr. ARMENTA DEU, T., “Aproximación del proceso penal en Europa: proceso penal europeo o europeización del proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, número 22, 2010.

¹²⁷ Artículo K.6.

¹²⁸ Firmado el 26 de febrero de 2001, en vigor desde el 1 de febrero de 2003. DOUE C 80 de 10 de marzo de 2001.

¹²⁹ DOUE C 310 de 16 de diciembre de 2004.

¹³⁰ Firmado el 13 de diciembre de 2007, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. DOUE C 306 de 17 de diciembre de 2007. Versión consolidada en DOUE C de 30 de marzo de 2010.

¹³¹ Nos limitaremos a enunciarlos, dado que será con ocasión del estudio del principio de reconocimiento mutuo donde con más detalle analizaremos el significado que han tenido los sucesivos programas en la evolución de los instrumentos de cooperación en materia penal.

¹³² DOUE C 19 de 23 de enero de 1999.

¹³³ Se puede consultar en el enlace:

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es

¹³⁴ DOUE C 53 de 3 de marzo de 2005.

de Estocolmo¹³⁵, que fue aprobado durante la presidencia sueca en diciembre de 2009.

5.1 El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990

El primer instrumento que merece un estudio pormenorizado es el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990¹³⁶ (al que nos referiremos en lo sucesivo como CAAS/1990).

El Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, al que se refería el CAAS/1990, constituía un acuerdo intergubernamental entre cinco Estados¹³⁷ suscrito al margen de la UE - y sin previsión de pasar a conformarse como derecho de la Unión-. Su propósito era la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, contando para ello con medidas a corto y a largo plazo, exigiendo estas últimas un nuevo instrumento, que es precisamente el CAAS/1990 que ahora nos ocupa¹³⁸. Si con Schengen se pretendía trasladar el control de las fronteras interiores a fronteras exteriores, se hacía necesario reforzar la cooperación policial y judicial entre los Estados de modo que no hubiera merma alguna en la seguridad dentro de este espacio.

La incorporación al Derecho de la Unión vino a través de un Protocolo agregado al Tratado de Amsterdam¹³⁹, en el que se incorporaron aquellas disposiciones que constituían elementos fundamentales para lograr que la UE se constituyera en el espacio de libertad, seguridad y justicia fijado como objetivo en el Tratado. Su incorporación al marco jurídico de la Unión permitió a los Estados miembros la cooperación reforzada en este ámbito y pasó a tener la consideración de acervo de la UE en relación con los Estados cuya adhesión a la Unión se negociara desde entonces¹⁴⁰.

LIÑÁN¹⁴¹ destaca la enorme complejidad de la operación jurídica de incorporación del CAAS/1990 a la Unión Europea. Por una parte, era problemática la participación asimétrica de los Estados; por otro lado era necesario llevar a cabo la asunción del sistema orgánico de Schengen en el entramado institucional de la UE; finalmente, la

¹³⁵ Documento 17024/09 de 2 de diciembre de 2009.

¹³⁶ Publicado en el BOE de 5 de abril de 1994, entró en vigor el 26 de marzo de 1995.

¹³⁷ Francia, República Federal de Alemania, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

¹³⁸ Sobre la génesis del CAAS/1990 y las dificultades que conllevó su gestación y aplicación Cfr. MORENO CATENA, V., “El espacio judicial y penal en el marco del Convenio de Schengen. Las medidas de investigación de delitos” en *Política común de justicia e interior en Europa*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXIII, 1995 y cfr. VAN OTRIVE, L., “Historia del Acuerdo y del Convenio Schengen” en *Revista CIDOB d’afers internacionals*, número 53, 2001, con una interesante visión crítica de lo que el acervo Schengen supuso para la Unión.

¹³⁹ Dicho Protocolo preveía que a partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el acervo de Schengen sería inmediatamente aplicable a los Estados miembros, y que las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo Schengen estarían sometidas a las disposiciones de los Tratados.

¹⁴⁰ Sobre lo que supone a efectos jurídicos e institucionales el Tratado de Amsterdam y la incorporación del CAAS/1990 al acervo comunitario, cfr. VALLE GALVEZ, J.A., “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 3, 1998, pág. 41-78 y cfr. ALCOCEBA GALLEGO, M.A., “La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. A.S C-503/03, Comisión Europea c. España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, 2006.

¹⁴¹ Cfr. MANGAS MARTÍN, A./ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2010, pág. 115.

incorporación material del CAAS/1990 requirió identificar el acervo y determinar la base jurídica del mismo dentro del nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia.

Es necesario tener presente que el CAAS/1990 se aplica también a terceros Estados y que no se aplica de la misma manera a todos los Estados que sí integran la UE.

Nos referimos a Noruega e Islandia - en virtud del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen¹⁴² - a Suiza -fruto de la Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la Confederación Suiza¹⁴³- y a Liechtenstein - como consecuencia de la Decisión del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en el Principado de Liechtenstein¹⁴⁴ -.

Por otra parte, no a todos los Estados miembros de la Unión se les aplica el CAAS/1990 en su totalidad. Debe destacarse la singular posición en este ámbito de Reino Unido e Irlanda. En virtud del protocolo del Tratado de Amsterdam, Reino Unido e Irlanda pueden optar por participar total o parcialmente en las medidas Schengen; la aceptación de esta solicitud requiere el acuerdo unánime de los Estados participantes mediante Decisión del Consejo. Reino Unido e Irlanda manifestaron su voluntad de participar en determinados aspectos de Schengen y así se resolvió en relación con el Reino Unido mediante la Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000 y la Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2004¹⁴⁵ y en relación con Irlanda mediante la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002¹⁴⁶.

En relación a su contenido jurídico, centrándonos en primer lugar en el capítulo dedicado a la cooperación judicial y concretamente a la investigación y obtención de prueba¹⁴⁷, la premisa de la que debe partirse es que el propósito expreso del CAAS/1990 es completar y facilitar la aplicación de los acuerdos existentes en los Estados Parte contratantes: no es por tanto un convenio autónomo, sino complementario de otros.

Específicamente del CCE/1959 y en lo que concierne a los Estados del Benelux, del Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 1974.

Esta finalidad complementaria y facilitadora se evidencia también en la primacía que se concede a cualquier acuerdo bilateral vigente entre las Partes que contenga disposiciones más amplias que las contempladas en este convenio.

Por otra parte, el CAAS/1990 reconoce explícitamente el superior rango del derecho comunitario, de modo que sólo serán aplicables las disposiciones del convenio en la medida que sea compatible con el derecho emanado de la UE.

¹⁴² DOUE L 176 de 10 de julio de 1999.

¹⁴³ DOUE L 327 de 5 de diciembre de 2008.

¹⁴⁴ DOUE L 334 de 16 de diciembre de 2011.

¹⁴⁵ DOUE L de 1 de junio de 2000 y DOUE L de 31 de diciembre de 2004 respectivamente.

¹⁴⁶ DOUE L de 7 de marzo de 2002.

¹⁴⁷ El CAAS/1990 regula otros aspectos decisivos pero que exceden del objeto de esta investigación, por lo que no serán ahora analizados, como la extradición o la transmisión de ejecuciones de sentencias penales. Sobre la aplicación del principio *non bis in idem*, cuya regulación se contiene también en el CAAS/1990 sí volveremos con ocasión de las causas de denegación en los instrumentos de reconocimiento mutuo.

5.1.1 Ámbito de aplicación

En el CAAS/1990 se amplía de manera notable el ámbito material de aplicación del CCE/1959, pues expresamente se señala que se prestará asistencia judicial al amparo de este convenio en los siguientes procedimientos:

- En procedimientos por infracciones administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal,
- En procedimientos de indemnización por medidas de instrucción o condenas injustificadas,
- En los procedimientos de gracia,
- En las acciones civiles conexas a las acciones penales, mientras el órgano jurisdiccional penal aún no se haya pronunciado definitivamente sobre la acción penal,
- Para la notificación de comunicaciones judiciales relativas a la ejecución de una pena o medida de seguridad, de la percepción de una multa o del pago de las costas procesales,
- Para las medidas relativas a la suspensión del veredicto, el aplazamiento de la ejecución de una pena o medida de seguridad, la puesta en libertad condicional, el aplazamiento de la ejecución o su interrupción,
- Para las infracciones de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de impuestos sobre consumos específicos, de impuestos sobre el valor añadido y de aduanas (aunque en este caso se estipula una cláusula facultativa para denegar la asistencia judicial por razón de la cuantía de lo eludido o por el valor de las mercancías).

Consagra el principio de especialidad en relación con la información y documentos probatorios obtenidos de la Parte requerida: el requirente no podrá transmitirlos ni utilizarlos para la instrucción, el enjuiciamiento o para procedimientos distintos de los mencionados en la solicitud. La única excepción a este principio de especialidad es que se cuente con el consentimiento previo de la Parte requerida, en cuyo caso dicha utilización o transmisión sí será posible.

Otra novedad es que la ejecución de las comisiones rogatorias que tuvieran como objeto el registro o embargo de bienes sólo pueden subordinarse a que se cumplan dos condiciones:

- a) que el hecho sea sancionable según el Derecho de ambas Partes con una pena o medida de seguridad por un periodo máximo de, al menos, seis meses;
- b) que la ejecución de la comisión sea compatible con la legislación de la Parte requerida.

Pero sin duda una de las mayores innovaciones hace referencia a la vía de transmisión, al establecer la regla general de que las solicitudes de asistencia judicial podrán transmitirse *directamente entre autoridades judiciales*. Como excepción, las peticiones de traslado temporal o de tránsito de personas detenidas o privadas de libertad o el

intercambio de datos relativos al registro de penados deberá hacerse siempre a través de las autoridades centrales, en nuestro caso, del Ministerio de Justicia. Esta previsión de comunicación directa supone un cambio revolucionario en la cooperación judicial europea, cambio que en un país como España, conformado por multitud de partidos judiciales, no está exento de dificultades.

5.1.2 Cooperación policial

Las disposiciones recogidas en el capítulo destinado a la cooperación policial son de capital trascendencia¹⁴⁸.

Se regula en primer lugar la asistencia entre los servicios de policía para la obtención de información (que deberá respetar su legislación nacional, actuar dentro de los límites de su competencia, siempre que no exista reserva de la solicitud a las autoridades judiciales y que no suponga la aplicación de medidas coactivas). Las informaciones obtenidas por escrito en virtud de estas solicitudes entre servicios de policía podrán ser aportadas *como prueba* de los hechos imputados si las autoridades judiciales de la Parte requirente así lo consienten. Esta mención a la utilización de la información escrita como “prueba” ha dado lugar a que la doctrina puntualice que dichas informaciones, obtenidas policialmente, sin intervención judicial, no pueden constituir prueba según nuestro ordenamiento jurídico interno. Pacífico es que prueba como tal sólo cabe que se practique en el plenario o bien que haya sido practicada como anticipada o preconstituída, lo cual exige necesariamente la intervención judicial.¹⁴⁹ En esta línea SALCEDO señala que acaso hubiera sido más útil referirse a esta información como “elemento de cargo en la fase de investigación”, recomendándose que se recabe la autorización judicial para su utilización desde que, en una primera valoración judicial en sede de instrucción, se concluya que lo aportado o solicitado va a tener tal naturaleza en relación con los hechos imputados en la instrucción¹⁵⁰. Este autor destaca también lo injustificado de que este régimen de autorización sea preciso sólo para la información escrita y no para la verbal o la que conste con soporte audiovisual.

Objeto de atención específica en el convenio son tanto la persecución como la vigilancia transfronteriza. Como quiera que la primera tiene como finalidad la detención de la persona hallada en flagrante delito no resulta necesario su análisis al no incidir en la obtención de prueba. Sin embargo, sí pueden desprenderse elementos probatorios de la actividad de vigilancia, por lo que conviene descender someramente al estudio de esta modalidad de actividad investigadora transnacional.

Para la vigilancia transfronteriza se exige que se den varias circunstancias:

¹⁴⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P., “Reflexiones sobre la puesta en aplicación en su totalidad el 26 de marzo de 1995 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990” en *Revista de Instituciones Europeas*, número 3, 1995, pág. 909-938, que recuerda las reticencias que surgieron con ocasión de la institucionalización de la cooperación policial, ante el temor que fuera un primer paso para la creación de una policía comunitaria, donde la cooperación estuviera presidida por la verticalidad y no la horizontalidad.

¹⁴⁹ En este sentido, cfr. MARTÍN DIZ, F., “Cooperación policial y judicial en materia penal en España: particularidades transfronterizas en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea” en *Revista del Poder Judicial*, número 61, 2001, pág. 377 y Cfr. MORENO CATENA, V./ CASTILLEJO MANZANARES, R., *La persecución de los delitos en el convenio de Schengen*, Valencia, 1999, pág. 75.

¹⁵⁰ Cfr. SALCEDO VELASCO, A., “Mecanismos procesales de cooperación judicial” en *Política común de justicia e interior en Europa*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXIII, 1995.

- tiene que existir una investigación judicial¹⁵¹;
- en el curso de la misma se debe estar vigilando a una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo y éste debe ser de los que puedan dar lugar a extradición;
- debe resultar necesario continuar la vigilancia en el territorio de otro Estado, parte contratante del convenio;
- en el supuesto general deberá existir resolución judicial que autorice que la vigilancia transfronteriza se desarrolle en el territorio de la otra Parte. Cuando por razones de urgencia no pueda obtenerse con carácter previo esta autorización, siempre que se trate de algunos de los delitos expresamente relacionados en el convenio, la vigilancia podrá continuarse si se comunica de modo inmediato el cruce de la frontera y la solicitud de autorización judicial se transmite sin demora. Si después de transcurridas cinco horas no se ha obtenido la autorización deberá cesarse la vigilancia.

Los delitos que permiten esta modalidad son el asesinato, homicidio, violación, incendio provocado, falsificación de moneda, robo, encubrimiento con ánimo de lucro, receptación, extorsión, secuestro y toma de rehenes, tráfico de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, infracciones en materia de armas y explosivos, destrucción con explosivos y transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos.

La cuestión de la autorización de la vigilancia exige su examen con cierto detenimiento. El artículo 40 CAAS/1990 requiere, como hemos visto, que se curse una solicitud a la autoridad del Estado en cuyo territorio vaya a desarrollarse la vigilancia. Se califica de autorización judicial pero en el sentido amplio que se da a este término en cooperación internacional, de modo que por ejemplo nuestro país declaró que la autoridad competente para transmitir y conceder esta autorización era la Dirección General de la Policía. Hoy día, sin embargo, en el caso de que el seguimiento o localización requiera de la utilización de dispositivos técnicos— cosa que será frecuente— será preciso obtener autorización judicial en sentido estricto, específicamente del Juez de Instrucción, por así exigirlo la nueva redacción de la LECrim (art. 588 bis a, 588 bis b y 588 bis c). Por tanto, si antes podía realizarse la vigilancia a través de balizas sin autorización judicial, actualmente esta posibilidad ha quedado excluida para las investigaciones nacionales lo que, por lógica, obligará a cambiar la declaración de España en relación con el CAAS/1990 y a arbitrar un procedimiento urgente para que esta autorización judicial sea concedida. Al respecto nos inclinamos a que se residencie la competencia objetiva y territorial en el Juez de Instrucción de la localidad fronteriza por donde sea previsible que vaya a dar comienzo la vigilancia en nuestro país, sin que veamos utilidad alguna a que se residencie en órganos centralizados como puedan ser los Juzgados Centrales de Instrucción.

Sobre el modo en que se desarrollará este seguimiento, en lo que aquí es útil debe puntualizarse que no cabe que los agentes entren en domicilio o lugares donde el público no tiene acceso y que no podrán ni interrogar ni detener a la persona vigilada.

¹⁵¹ CASTILLEJO cuestiona la conveniencia de que sea regulada esta materia dentro de la cooperación policial, puntualizando que se trata en todo caso de un supuesto de asistencia judicial, cfr. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Espacio Schengen” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág. 270.

La medida se agota por tanto con la vigilancia, los datos y la información obtenidos se podrán aportar como prueba documental y testifical en el proceso penal, sin que permita el convenio realizar ninguna otra actuación, como el interrogatorio o el registro domiciliario. Ahora bien, esta vigilancia no tiene límites ni espaciales ni temporales, de modo que puede realizarse en cualquier punto del territorio del otro Estado y por todo el tiempo que resulte necesario¹⁵².

El CAAS/1990 aborda también las entregas vigiladas en el ámbito del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pero limitándose a señalar que las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las mismas, debiéndose recabar en cada caso concreto la autorización del Estado del que se trate, que conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio, estando autorizado a intervenir.

5.1.3 El Sistema de Información Schengen (o sistema SIS)

El CAAS/1990 creó un sistema de información, denominado sistema Schengen (en adelante SIS) por el que los Estados ponen en común datos de determinadas personas y objetos, permitiendo su consulta automatizada. Mediante la reseña de una determinada persona en el sistema SIS es posible conocer que la misma está siendo buscada a distintos efectos, como su extradición o su entrega a través de una orden europea de detención. En lo que aquí interesa, es relevante prestar atención a la posibilidad de reseñar objetos, como vehículos o documentos, en cuanto que estos pueden ser fuentes de prueba relevantes para el proceso penal. Se establece expresamente en el CAAS/1990 el tipo de objetos susceptibles de ser registrados, tales como armas de fuego, billetes, documentos identificativos o vehículos.

Conscientes de su utilidad, la UE mejoró este sistema de información compartido mediante el Sistema de Información Schengen II, que sustituyó al que había sido creado mediante el CAAS/1990. Su establecimiento, funcionamiento y uso quedan regulados por el Reglamento (CE) n° 1987/2006¹⁵³ siendo el Reglamento n° 1273/2012 del Consejo de 20 de diciembre de 2012 el que reguló la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (refundición)¹⁵⁴.

Somos de la opinión de que el SIS II permitiría avanzar notablemente en materia de obtención de prueba si los nuevos instrumentos de la UE contemplaran la posibilidad de registrar la búsqueda de los objetos cuando se necesiten en los procesos penales de otros Estados miembros, cuestión ésta que desarrollaremos en las próximas páginas.

5.2 El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000

El instrumento genuinamente originario de la UE que incide en la cooperación para la investigación y obtención de prueba en el proceso penal es el Convenio de 29 de mayo

¹⁵² Cfr. MORENO CATENA, V. / CASTILLEJO MANZANARES, R. *La persecución de los delitos en el Convenio Schengen*, cit., pág. 76-80.

¹⁵³ DOUE L 381 de 28 de diciembre de 2006.

¹⁵⁴ DOUE L 359 de 29 de diciembre de 2012.

de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea¹⁵⁵ (en adelante CUE/2000).

El informe explicativo¹⁵⁶ de este convenio – que es un documento de extraordinaria utilidad para su correcta interpretación y aplicación - destaca la idea de que “el Consejo consideró que la asistencia judicial entre los Estados miembros podía descansar ya en bases sólidas y de amplia y probada eficacia”, en clara referencia a las bases establecidas con los instrumentos emanados del Consejo de Europa que han sido analizados en las páginas precedentes. No obstante, la desaparición de los controles en las fronteras entre la mayoría de los Estados miembros consecutiva a los Acuerdos de Schengen y el fenómeno de la globalización (y el significativo incremento de la circulación de personas, mercancías y capitales dentro de la UE) exigían dotar a los Estados de nuevos métodos para mejorar la lucha contra la delincuencia transnacional, objetivo perseguido explícitamente en el convenio. La existencia de nuevas tecnologías, facilitadoras de esa mayor eficacia en la cooperación, es el segundo de los motivos que exigen que los Estados miembros de la Unión se doten de un nuevo instrumento de cooperación judicial penal¹⁵⁷.

Dado el carácter complementario del CUE/2000, su normativa no pretende regular de manera exhaustiva toda la asistencia judicial entre los Estados miembros de la Unión. Muchos aspectos básicos, como el idioma, no vienen regulados en su articulado, siendo necesario remitirse a los convenios que complementa, singularmente al CAAS/1990 y al CCE/1959¹⁵⁸. Esto añade una complejidad adicional para el operador jurídico, que tiene que basar su solicitud en varios mecanismos convencionales simultáneamente, para lo que tiene que conocer las declaraciones y reservas hechas por las partes a los convenios anteriores en lo que no se vean afectadas por las disposiciones del CUE/2000 y simultáneamente, en caso de conflicto entre los instrumentos, debe otorgar prevalencia al convenio suscrito entre los Estados miembros de la UE. Esto no simplifica precisamente el proceso de emisión de peticiones de asistencia judicial para la obtención de prueba en el espacio europeo y es el origen de muchas de las deficiencias que presentan las comisiones rogatorias firmadas por nuestras autoridades judiciales. Además, hace de la falta de uniformidad la característica esencial de la cooperación penal dentro de la UE, pues lo que será válido en relación con un Estado no tendrá por qué serlo en relación con otro.

En cuanto a su naturaleza, estamos ante un convenio de derecho internacional, de modo que la adhesión al mismo depende de cada uno de los Estados miembros. De hecho no entró en vigor hasta el 23 de agosto de 2005, tras haber alcanzado el número de

¹⁵⁵ DOUE C 197 de 12 de julio de 2000. Para España: declaración de aplicación provisional en BOE de 15 de octubre de 2003 y entrada en vigor en BOE de 28 de octubre de 2005.

¹⁵⁶ DOUE C 257 de 24 de octubre de 2002.

¹⁵⁷ Sobre la gestación de este convenio, cfr. LOURIDO RICO, A., *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Valencia, 2004, pág. 54-55.

¹⁵⁸ Cfr. PEREZ GIL, J., “El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?” en *Diario La Ley*, número 6208, 2005. También de este autor, cfr. “Convenio de asistencia judicial penal” en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales (JIMENO BULNES, M., coord)*, cit., pág.261-295, enfatizando como este convenio constituye un acuerdo de mínimos, pero que ha servido para detectar parcelas de cooperación que deberían ser reforzadas. Responde, eso sí, a un modelo de asistencia judicial penal en su sentido tradicional que parece más propia de ámbitos como el Consejo de Europa que de la Unión Europea, donde se aspira a una plena integración política.

adhesiones necesarias¹⁵⁹, requisito que tardó largo tiempo en satisfacerse. Debido a esta tardanza, fueron varios los Estados que, de conformidad con lo expresamente previsto en el convenio, hicieron una declaración de aplicación provisional anticipada. Todavía hoy día no está en vigor en todos los países miembros de la UE -concretamente no lo está en Grecia, Italia e Irlanda¹⁶⁰ - y, paradójicamente, sí lo está en Estados no miembros de la UE.

Nos referimos a Islandia y Noruega, países con privilegiadas relaciones con la Unión, con los que se suscribió un acuerdo que permite que algunas de las disposiciones del CUE/2000 y de su protocolo del 2001 sean aplicables a la asistencia judicial penal entre estos Estados y los miembros de la Unión¹⁶¹.

5.2.1 Ámbito, contenido y transmisión de las solicitudes

La asistencia judicial¹⁶² al amparo de este convenio se amplía notablemente, abarcando expresamente tanto los procedimientos administrativos cuya decisión pueda ser recurrida ante los órganos jurisdiccionales, como los supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas.

La solicitud deberá enviarse por escrito o por cualquier otro medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan al Estado receptor establecer su autenticidad. En la rogatoria el requirente podrá indicar motivadamente los plazos en los que solicita que se ejecute la solicitud y el requerido deberá respetarlo en la medida de lo posible.

En cuanto a la transmisión, se establece la regla general, ya prevista en el CAAS/1990, de comunicación directa entre las autoridades judiciales que tengan competencia para formular y ejecutar las solicitudes de auxilio judicial, con la única excepción de que el propio convenio establezca lo contrario. Se prevé expresamente que tal comunicación directa tenga lugar entre una autoridad judicial de un Estado y una autoridad policial, aduanera, o administrativa de otro. También que podrán transmitirse por medio de Interpol sólo en caso de urgencia. La comunicación entre autoridades centrales o entre éstas y las autoridades judiciales se configura como facultativa y para casos particulares, de modo que tampoco es una vía que quede excluida. De hecho esta regla general de comunicación directa entre autoridades judiciales tiene una serie de excepciones:

- Deberán cursarse necesariamente a través de las autoridades centrales las solicitudes que tengan por objeto el traslado temporal o de tránsito de detenidos y las comunicaciones relativas a información sobre condenas judiciales. En relación con este último punto conviene destacar que cuando lo que se solicite

¹⁵⁹ Con carácter general los Tratados entran en vigor cuando han sido ratificados por todos los Estados firmantes. Sin embargo, el Tratado de Amsterdam, al modificar el Tratado de la Unión, estableció una regla especial, conforme a la cual los tratados celebrados al amparo del artículo 34.2 del mismo entrarán en vigor cuando fuesen ratificados por la mitad de los Estados miembros firmantes, siendo el convenio que ahora nos ocupa el primero de los celebrados conforme a dicha especialidad. Sobre ello, cfr. RODRIGUEZ SOL, L., “El nuevo convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, 2001.

¹⁶⁰ La información actualizada sobre los Estados miembros que se han adherido al convenio se encuentra disponible en el enlace:

<http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=ES&aid=2000023&doclang=EN>

¹⁶¹ DOUE L 26 de 29 de enero de 2004.

¹⁶² Un estudio detallado de este convenio lo encontramos en cfr. POZA CISNEROS, M., “El convenio de 2000” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág. 321-416.

no sea estrictamente el dato del antecedente, sino la copia de la sentencia, la petición se podrá cursar directamente entre las respectivas autoridades competentes, sin que sea necesario por tanto acudir a las autoridades centrales;

- El Reino Unido e Irlanda podían declarar que las solicitudes y comunicaciones se les hagan siempre a través de su autoridad central. Así lo hicieron, de modo que en relación con estos dos países las autoridades judiciales españolas deberán cursar directamente la comisión rogatoria pero a las respectivas autoridades centrales.

En nuestra opinión, la comunicación directa entre las autoridades implicadas en la asistencia que inaugura el CAAS/1990 pero consagra definitivamente el CUE/2000 es, sin duda, un notabilísimo avance en pro de la eficacia de la actuación. Cualquier defecto de la solicitud de asistencia podrá ser subsanado con mayor rapidez y de manera más certera, pues la comunicación directa permitirá que el requerido indique al requirente los obstáculos encontrados y éste podrá tener información directamente del requerido sobre cómo debe articular la solicitud. Asimismo cualquier incidencia que surja durante la ejecución de la asistencia podrá ser puesta en conocimiento del requirente para que éste, en su caso, amplíe o modifique su petición inicial. El requirente podrá ir pidiendo información del curso de la asistencia, del cumplimiento o incumplimiento de plazos o podrá pedir con mayor agilidad la remisión parcial de lo ya ejecutado.

Ahora bien, también surgen problemas prácticos en la remisión directa¹⁶³, algunos de los cuales han sido apuntados ya anteriormente, como el seguimiento del curso dado a la rogatoria. Otro problema importante es el de conocer la autoridad judicial concreta a la que la solicitud ha de ser enviada.

Esta dificultad se ha salvado en gran medida gracias a los instrumentos tecnológicos, como el atlas de la página web de la Red Judicial Europea al que nos referiremos más adelante, que permite información puntual sobre las autoridades competentes en cada país, con datos imprescindibles como la dirección postal, el teléfono o el fax¹⁶⁴.

Entendemos que resulta imprescindible que esta comunicación directa venga acompañada de medios técnicos que faciliten la comunicación, cosa que no ha ocurrido en el espacio europeo. Nos referimos, por ejemplo, a una red interna y segura de comunicación entre autoridades judiciales con competencia para emitir y ejecutar las peticiones de auxilio judicial internacional, como la que se dispone en otros ámbitos regionales¹⁶⁵. En la actualidad existe un sistema seguro de comunicaciones entre puntos

¹⁶³ En el mismo sentido, Cfr. DELGADO MARTÍN, J., “El Juez en la construcción del espacio judicial europeo” en *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales* (coord. De Hoyos Sancho), Valladolid, 2008, pág. 256.

¹⁶⁴ La página web de la Red Judicial Europea sufrió un sabotaje informático a principios del 2009 que la dejó inoperativa durante varios meses. Ello generó un auténtico problema para los operadores jurídicos, que se quedaron sin el único instrumento que les permitía conocer de manera inmediata a quién debían remitir la solicitud de cooperación judicial. Y la cuestión no era fácil de averiguar, pues como se puede comprobar de la utilización del atlas, según la diligencia que se requiera la autoridad puede variar en función del país al que vaya dirigida la solicitud de cooperación. En definitiva, creemos que la comunicación directa tienen que ir íntimamente ligada a unos medios tecnológicos seguros y fiables que permitan conocer la autoridad con la que tendrá lugar la comunicación.

¹⁶⁵ Nos referimos al sistema GROOVE, que fue constituido por la Organización de Estados Americanos en el seno de la Red de Ministerio de Justicia Americanos (REMJA) y que consiste en un sistema de comunicación electrónico seguro que permite la comunicación entre las autoridades encargadas de la cooperación judicial. En la UE, sin embargo, no se cuenta con nada similar, y ello a pesar de que instrumentos como la firma electrónica lo facilitarían de manera decisiva.

de contacto de redes destinadas a auxiliar a las autoridades implicadas, pero no entre éstas, aunque el proyecto E-codex de la UE está desarrollando un programa piloto para su implantación¹⁶⁶.

Otro problema sobre el que no se incide lo suficiente es el lingüístico. No todas las autoridades judiciales europeas tienen dominio de idiomas diferentes al suyo, con la consiguiente dificultad de entendimiento en estas relaciones directas impuestas por vía convencional.

Finalmente, el convenio prevé que si no pudiera ejecutarse la solicitud, se informará de ello de inmediato, pudiendo indicar las condiciones en las que podría ejecutarse la solicitud, tras lo cual las autoridades de los Estados podrán acordar si se supedita tal solicitud al cumplimiento de tales condiciones.

5.2.2 Legislación aplicable a la prestación de asistencia

Uno de los aspectos más importantes del CUE/2000 es que, por primera vez en convenios de ámbito multilateral, permite que en la ejecución de la solicitud de cooperación judicial se apliquen los procedimientos indicados por el Estado miembro requirente, con la única salvedad de que el convenio disponga lo contrario o de que los trámites y procedimientos previstos en esa legislación sean contrarios a los principios fundamentales del derecho del Estado requerido (art. 4 CUE/2000). Por tanto, se da entrada a la máxima *forum regit actum o lex fori* en la medida en que el requirente puede indicar trámites y procedimientos al requerido. De no hacerlo la autoridad judicial que lleve a práctica la diligencia aplicará exclusivamente la *lex loci*, esto es, su propia legislación. PARRA¹⁶⁷ describe muy gráficamente cómo opera este consenso en la ejecución, de modo que la autoridad judicial requirente y requerida podrán negociar aspectos de orden jurídico y de orden práctico de la ejecución de la solicitud de asistencia -que puede conllevar modificaciones en las peticiones, en los plazos, los trámites y las condiciones de las solicitudes-. En palabras de este autor, la autoridad judicial o fiscal receptora de la solicitud pasa a convertirse en “gestor” del auxilio judicial internacional, dejando atrás su mero papel de ejecutor.

El propósito de esta disposición, como explícitamente destaca el informe explicativo del convenio, es facilitar el uso de la información obtenida a través de la asistencia judicial, de modo que sirva como prueba en las fases subsiguientes del procedimiento incoado en el Estado miembro requirente. La doctrina española ha destacado la importancia de esta estipulación, calificándola de progreso¹⁶⁸ o de giro copernicano

¹⁶⁶ El proyecto E-codex tiene un ámbito de actuación más amplio que la cooperación judicial europea (de hecho participan colegios nacionales de notarios, por ejemplo, además de Estados de fuera de la UE, como Turquía). Concretamente pretende mejorar el acceso de los ciudadanos a los instrumentos legales en Europa, así como mejorar la interoperatividad de las autoridades judiciales de la Unión, hacer más eficaces sus relaciones, con supresión de los trámites burocráticos que originan demoras. Se basa, por tanto, en plataformas digitales para el intercambio de estas colaboraciones. Comenzó en diciembre de 2010 y su vigencia se ha prorrogado hasta mayo de 2016. Ha desarrollado proyectos pilotos en el ámbito civil (como en la orden europea de pago o reclamaciones de menor entidad) y también lo está haciendo en la actualidad en el ámbito penal, en sanciones pecuniarias, en la orden europea de detención y entrega, así como con comisiones rogatorias tradicionales. Para más información véase: <http://www.e-codex.eu/pilots.html>

¹⁶⁷ Cfr. PARRA GARCÍA, J., “El nuevo régimen de solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, *cit.*, pág. 148 y 157.

¹⁶⁸ Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., “Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios”, *cit.*, pág. 68.

loable del esquema tradicional de la cooperación judicial internacional¹⁶⁹. NIETO¹⁷⁰ pondera el significado de aplicar la legislación del requirente y lo que implica de desconfianza hacia el Estado requerido, para acabar concluyendo que el principio *forum regit actum* supone, por un lado, un menor número de problemas procesales, siendo más acorde con la “buena administración de justicia”, y por otro, es más adecuado en términos de eficacia de derechos fundamentales, pues junto a las garantías exportadas por el Estado requirente habría que añadir las que imponga el Estado requerido con la aplicación de la cláusula de orden público. Compartimos íntegramente esta opinión, lamentando, eso sí, no sólo su infrecuente utilización en la práctica forense española sino también que haya pasado prácticamente desapercibida en las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante SSTs) que han abordado la admisibilidad de la prueba obtenida en el extranjero. Sobre ello volveremos con detenimiento en el último capítulo de esta investigación.

No podemos tampoco dejar de adelantar el hecho de que, de manera simultánea a la celebración de este convenio, la UE hacía del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales la “piedra angular de la cooperación judicial”. Dicho principio no sólo no tiene reflejo o mención alguna en el convenio¹⁷¹ sino que, por el contrario, es una vía alternativa a la convencional para la asistencia judicial penal europea. De este modo, mientras que se promulgaba el convenio clave para la cooperación judicial europea convencional, el CUE/2000, se aprobaba articular la cooperación en base a un paradigma completamente diferente: el reconocimiento mutuo de resoluciones penales. No puede decirse, en consecuencia, que la actuación de la UE en este particular haya estado regida por la coherencia.

5.2.3 Regulación específica de algunas formas de asistencia

Uno de los aspectos más importantes del CUE/2000 es la regulación detallada que contiene de algunas formas especiales de asistencia, que, por una parte, son de importancia capital para la lucha eficaz contra las formas más graves de delincuencia (por ejemplo, las intervenciones telefónicas) y por otra suponen la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de la cooperación judicial (por ejemplo, las declaraciones por videoconferencia). Analizaremos ahora las previsiones del convenio en relación con algunas diligencias de investigación que permiten obtener prueba, si bien diferiremos para el capítulo próximo la constitución de equipos conjuntos de investigación, pues aunque tengan su base jurídica en este CUE/2000, su importancia y complejidad los hacen merecedores de un estudio específico.

Pero antes de detenernos en la regulación concreta de medidas que contiene el CUE/2000, es preciso referirnos al intercambio espontáneo de información y al traslado de detenidos para la práctica de diligencias.

a) Aunque no se trate propiamente de una solicitud de asistencia judicial, el intercambio espontáneo de información (art. 7 CUE/2000) es importante a nuestros efectos porque puede ser una manera de obtener prueba para un procedimiento penal. La autoridad de un Estado miembro que conozca información acerca de infracciones penales – o de

¹⁶⁹ Cfr. PARRA GARCÍA, J., “El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal” en *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XIII, 2003, pág. 130-131.

¹⁷⁰ Cfr. NIETO MARTÍN, A., “Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal” en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, volumen 61, 2004, pág. 69-70.

¹⁷¹ Al respecto, Cfr. PEREZ GIL, J., “El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?, *cit.*

infracciones de disposiciones legales que sean recurribles en la jurisdicción penal-puede transmitirla facultativamente y sin que medie previa solicitud a la autoridad receptora de otro Estado miembro, que deberá tener competencia para conocer de dicha infracción en el momento del suministro de dicha información. Las limitaciones vienen impuestas por el derecho interno de la autoridad que facilita la información, que puede condicionar el uso de la misma, siendo tales condiciones obligatorias para la autoridad receptora. Sobre el intercambio espontáneo de información, PARRA¹⁷² destaca ciertas limitaciones que nuestro ordenamiento jurídico impone a este intercambio espontáneo de información: a) toda información deberá incorporarse a autos a través de la oportuna diligencia de constancia, pues de otro modo no se garantizaría el derecho de defensa y b) no cabe aceptar informaciones condicionadas a un secreto permanente o a la no persecución penal, de modo que la información deberá tener la consideración, en todo caso, de *notitia criminis*. Nos parece que estos criterios deberán tenerse presentes en algunas actuaciones que hoy día se están generalizando en el espacio europeo, como las reuniones de coordinación en Eurojust, donde, como tendremos ocasión de ver más adelante, el intercambio espontáneo de información es una de sus finalidades principales.

b) En relación con el traslado temporal de detenidos con fines de investigación es digno de atención el hecho de que no requiere el consentimiento del detenido en todo caso, sino que la necesidad de recabarlo queda a expensas de lo que cada Estado declare al adherirse al Convenio, pudiendo los Estados miembros optar por no exigirlo, exigirlo siempre o sólo en determinadas circunstancias especificadas en la declaración (art. 9 CUE/2000).

5.2.3.1 Declaraciones por videoconferencia y por conferencia telefónica.

Se prevé la videoconferencia para testigos o peritos (siempre que motivadamente se explique que no es oportuno o posible que comparezca personalmente ante el requirente) y para acusados (exigiéndose el consentimiento expreso de éste al respecto y que el Estado miembro en el que se encuentre no haya formulado declaración en contra de la aplicación de esta previsión). Sin embargo, la conferencia telefónica está sólo prevista para testigos y peritos, que deberán consentir expresamente la utilización de este método (art. 10 y art. 11 CUE/2000). Los gastos, salvo renuncia, correrán a cargo del requirente.

El Estado miembro requerido vendrá obligado a autorizar la audición por videoconferencia, aunque su propia legislación no lo prevea, y con sólo dos excepciones:

- 1) Que hacerlo sea contrario a los principios fundamentales de su Derecho nacional¹⁷³,

¹⁷² Cfr. PARRA GARCÍA, J., “El nuevo régimen de solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, *cit.*, pág. 151.

¹⁷³ La amplitud de los términos en que viene regulada la posibilidad de que el requirente acuda a la videoconferencia (esto es, la ambigüedad de conceptos como que no sea oportuno o posible que el deponente comparezca personalmente ante el requirente) tiene como contrapartida el amplio margen de discrecionalidad de los Estados requeridos al recogerse que puedan denegar la audición por videoconferencia si ello resulta contrario a los principios fundamentales de su derecho nacional, cuestión ésta igualmente ambigua y sujeta a interpretación. Cfr. ARNAIZ SERRANO, A., “La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006, pág.129.

- 2) Que no disponga de los medios técnicos necesarios (aunque en este caso pueden ser puestos a su disposición por el requirente).

Las normas que regulan la audición por videoconferencia son diferentes según se trate de peritos y testigos o de acusados. En el caso de los peritos o testigos, se trata de las siguientes, que se aplicarían a la audición por conferencia telefónica *mutatis mutandis*:

- a) La autoridad judicial requerida deberá estar presente en la audición. Le corresponde citar a la persona con arreglo a su legislación, identificarla una vez comparecida y garantizar que durante la declaración se respeten los principios fundamentales de su derecho interno. Levantará acta indicando la fecha y lugar de la audición, personas que han intervenido, prestaciones de juramento y circunstancias técnicas en que se haya tomado la declaración.
- b) La autoridad judicial requirente efectuará directamente la audición o se hará bajo su dirección.
- c) La persona oída tiene derecho a ser asistida de intérprete.
- d) También tiene derecho la persona oída a que se adopten las medidas necesarias para su protección, y a alegar la dispensa a declarar a que puede acogerse bien según la legislación del requerido o del requirente¹⁷⁴. Si se negase a prestar testimonio o el prestado no fuese veraz, deberán aplicarse las medidas previstas en la legislación del Estado miembro requerido para estos casos.

En el caso de los acusados podrán aplicarse estas disposiciones cuando haya acuerdo al respecto de las autoridades judiciales competentes, tanto en cuanto a la toma de declaración como en la forma en la que ésta se llevará a cabo. Se explicita en este punto la necesidad de respetar el CEDH y que el Consejo de la Unión Europea, en un instrumento jurídicamente vinculante, adoptará las normas necesarias para la protección de los derechos de los acusados. Sobre ello volveremos en el último capítulo con ocasión de la admisibilidad de la prueba obtenida por este medio.

5.2.3.2 Entregas vigiladas

En relación con esta técnica especial de investigación consistente en entregas vigiladas¹⁷⁵, el artículo 12 CUE/2000 amplía su ámbito objetivo en comparación con la previsión del CAAS/1990, pues si bien en éste último el delito investigado debía ser necesariamente de tráfico de estupefacientes, con la regulación al amparo del CUE/2000 puede serlo cualquier delito que permita la extradición. La legislación que debe aplicarse tanto en la decisión sobre la realización de la entrega, como el procedimiento para llevarla a cabo, será la del Estado requerido. En consecuencia, la dirección y control de la operación recaerá también sobre las autoridades requeridas. Es por tanto una de las excepciones a posibilidad de aplicar la *lex fori*: en esta diligencia será únicamente la *lex loci* la que regirá cómo se llevará a cabo.

¹⁷⁴ Recordemos que esta previsión en relación con las dispensas no se encuentra en la regulación de la videoconferencia en algunos tratados bilaterales, singularmente, en el convenio suscrito con los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷⁵ Sobre la entrega vigilada, su concepto, naturaleza, modalidades (positiva o activa, con sustitución de la mercancía o de carácter internacional), requisitos y efectos, entre otros, cfr. DELGADO MARTÍN, J., “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, *Diario La Ley*, 2000.

5.2.3.3 Investigaciones encubiertas

El agente encubierto o infiltrado es definido como GUZMÁN como “un medio extraordinario de investigación de determinados delitos cuya comisión se encuadra en la actividad de una organización criminal, que consiste en integrar o incorporar a la estructura de dicha organización a un funcionario de la policía a quien, a tales efectos, se le otorga una identidad supuesta o ficticia, para poder recabar, desde esa posición, y ante las dificultades de hacerlo mediante los medios de investigación ordinarios, información y datos sobre los hechos delictivos investigados, así como otros que puedan conducir a conocer la estructura, integrantes, financiación y funcionamiento de la organización criminal”¹⁷⁶.

El CUE/2000 dispone que la decisión sobre la realización de investigaciones por agentes infiltrados o con identidad falsa, la duración de esta investigación, sus condiciones, su desarrollo y el régimen jurídico de los agentes infiltrados, se regirá por la legislación interna del Estado en cuyo territorio se realice la investigación encubierta (de nuevo *lex loci* exclusivamente). Las diferencias en las legislaciones internas¹⁷⁷, sin embargo, pueden crear enormes dificultades para que la prueba obtenida por el agente infiltrado tenga validez en otro Estado miembro, sin que en el artículo 14 CUE/2000 se regulen ni siquiera unas condiciones mínimas comunes que permitan garantizar la admisibilidad en otros ordenamientos de la prueba obtenida a través del agente encubierto.

5.2.3.4 Intervenciones de telecomunicaciones

No se define ni en el articulado del convenio ni en el informe explicativo qué debemos entender por telecomunicaciones, propugnándose expresamente en la memoria explicativa del CUE/2000 una interpretación amplia de este concepto, que sea además adaptable a las novedades tecnológicas que deparen los avances en esta materia. Además, expresamente menciona el convenio que ninguna de sus disposiciones podrá constituir un obstáculo para posibles acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros que tengan por finalidad facilitar la explotación de las posibilidades técnicas presentes y futuras de intervención legal de telecomunicaciones.

La intervención de las telecomunicaciones viene regulada en los artículos 17 a 22 CUE/2000 siendo notoria la dificultad que presentan estos preceptos para su adecuada comprensión. Por este motivo son variadas las críticas que esta regulación ha suscitado en la doctrina¹⁷⁸ aunque, siendo una de las diligencias de investigación que más frecuentemente se solicitan a través de comisiones rogatorias, debe reconocerse que la experiencia práctica es satisfactoria.

¹⁷⁶ Cfr. GUZMÁN FLUJA, V.C., “El agente encubierto y las garantías del proceso penal” en *La prueba en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia penal*, cit., pág.215.

¹⁷⁷ Sobre la regulación en los países de nuestro entorno de esta figura, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Granada, 2001, pág. 37-82, que sistematiza su análisis distinguiendo entre aquellos Estados que abordan expresamente esta figura en la ley procesal, los que lo hacen de manera implícita, aquellos que han otorgado carta de naturaleza a esta figura a través de la jurisprudencia y, finalmente, los que regulan expresamente la infiltración policial para la prevención del delito.

¹⁷⁸ Cfr. WEYEMBERGH/ BILLEY, *El convenio de asistencia judicial del 2000 y la intervención de las telecomunicaciones*, pág. 18, en <http://www.cienciaspenales.net> y en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, cit., pág. 173.

Las solicitudes de intervención de telecomunicaciones, además de los datos consignados al amparo del CCE/1959 – del que recordemos este CUE/2000 es complementario-deberán especificar:

- la existencia de un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal – es decir, se requiere constancia fehaciente de que se ha recabado la autorización también en el Estado requirente, no para hacerla objeto de reconocimiento, pero sí para tener certeza de que la intervención es ajustada a derecho en el Estado de la autoridad que solicita su ejecución transfronteriza -
- la conducta delictiva que se investiga,
- duración deseada de la intervención,
- si es posible, datos técnicos para la intervención, tales como el número pertinente de la conexión a la red.

El CUE/2000 contempla varias modalidades de intervención que podrían sistematizarse atendiendo a distintos criterios:

a) Considerando cómo se realizará la intervención se distingue entre:

- 1) La intervención y transmisión directa de las telecomunicaciones al Estado requirente. Consiste en dirigir la telecomunicación directamente al requirente, de modo que las autoridades de éste, que han acordado la intervención, podrán escucharla y grabarla directamente. Esta modalidad, novedosa, se constituye como la regla general para las intervenciones de telecomunicaciones – aunque luego en la práctica no ha sido así-.
- 2) La intervención, grabación y ulterior transmisión de las mismas, pudiéndose solicitar también una transcripción de la grabación cuando existan motivos para tal solicitud.

b) Asimismo, las intervenciones reguladas en el convenio pueden distinguirse según se requiera o no asistencia de otro Estado miembro, pues, como se expone a continuación, en algunos supuestos, a pesar de no ser necesaria la asistencia de otro Estado, por tener algún tipo de implicación internacional deben ser objeto de regulación en el convenio.

c) Finalmente, en atención a dónde se encuentre la persona cuyas comunicaciones son objeto de intervención, cabrían los siguientes supuestos:

- Que la persona objeto de la intervención se encuentre en el Estado miembro requirente (aunque se precise la asistencia del Estado miembro requerido para obtener las comunicaciones de dicha persona).
- Que la persona objeto de la intervención se encuentre en el Estado miembro requerido. En este caso es imprescindible que en la solicitud de asistencia se incluya un resumen de los hechos y el requerido podrá exigir cualquier información adicional que le permita decidir si él mismo habría adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares.

- Que la persona objeto de la intervención se encuentre en un tercer Estado miembro (pero sea precisa la asistencia técnica del Estado miembro requerido y no la del tercer Estado).

A su vez, los distintos procedimientos para la intervención de las telecomunicaciones, se pueden sistematizar de la siguiente manera, combinando los criterios expuestos:

1º. Si la persona cuyas comunicaciones son objeto de intervención se encuentra en el mismo Estado que autoriza la intervención, pueden darse los siguientes supuestos:

1a) Que necesite la asistencia de otro Estado.

Por ejemplo, la autoridad española quiere intervenir una comunicación de un imputado que se encuentra en España, pero técnicamente no puede hacerlo, pues se trata de una comunicación por satélite y no hay estación terrestre en España, estando ésta en Francia.

Es un caso novedoso dado que el Estado requirente estaría recabando asistencia del requerido para una intervención de comunicaciones que está teniendo lugar en el territorio del requirente, no del requerido.

En estos supuestos el convenio estipula que deberá el requirente (en el ejemplo España) dirigir una solicitud de asistencia judicial a otro Estado miembro (Francia) y éste, si fuera posible la transmisión inmediata de las telecomunicaciones al requirente, autorizará la intervención sin más formalidades.

Si no fuera posible esta transmisión inmediata y por tanto la Parte requerida debiera proceder a la intervención, grabación y ulterior transmisión de la comunicación al requirente, el requerido lo autorizará siempre que él mismo hubiera adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares, pudiendo supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares.

1b) Que no se necesite la asistencia de ningún Estado.

Precisamente para evitar las solicitudes anteriormente expuestas, se contempla en el convenio la posibilidad de utilizar los llamados en el informe explicativo “mandos a distancia”, de modo que se obtenga la finalidad perseguida (intervenir la comunicación que está teniendo lugar en su propio territorio) sin necesidad de recabar asistencia.

Estos “mandos a distancia” permitirían transmitir a distancia una orden de intervención hacia una estación terrestre que esté fuera del territorio del Estado que acuerda la intervención, de modo que con esta orden se intervienen las telecomunicaciones.

En el convenio se establece la regla general de que el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la estación terrestre permita la instalación de estos “mandos a distancia”.

Ahora bien, el uso de estos mandos a distancia está limitado a las intervenciones ordenadas por el Estado miembro que se sirva de ellos, siempre en el marco de una investigación penal y sólo para las comunicaciones emitidas o recibidas por la persona objeto de la intervención desde el territorio del Estado que autoriza la intervención. Esto implica que la persona esté en el Estado que autoriza la intervención, pues sólo así puede desde allí emitir o recibir.

2ª) Que la persona cuya comunicación es objeto de intervención se encuentre en el territorio del Estado requerido.

2a) No se precisa asistencia técnica del Estado donde se encuentra la persona.

Los motivos técnicos por los que no se necesita la asistencia técnica de otro Estado, a pesar de que allí se encuentre la persona, son dos:

- Puede darse el caso de que siendo telecomunicaciones por satélite, haya una estación terrestre sobre el territorio del Estado que acuerda la intervención. Por tanto, éste no necesita dirigirse a ningún otro Estado, dado que la estación se encuentra sobre su propio territorio.
- Pueden ser telecomunicaciones que utilicen redes nacionales de telefonía móvil, cuya zona de cobertura no coincide estrictamente con las fronteras de los diferentes países, de modo que permiten la captación de la señal aunque el sujeto se encuentre en territorio de otro Estado, siendo singularmente frecuente esto en zonas fronterizas.

Si bien no es un supuesto de asistencia judicial, pues no requiere asistencia alguna de otro Estado para proceder a la intervención, sí exige cierta tramitación específica en relación con otro Estado miembro por el hecho de que en su territorio se encuentre la persona cuya comunicación es intervenida. En estos casos, y cualquiera que sea el motivo técnico por el que no se necesita la asistencia de otro Estado, sí hay un deber de información al Estado en el que se encuentra el sujeto cuyas comunicaciones están intervenidas. Este deber de información será anterior a la intervención en aquellos casos en los que en el momento de ordenar la intervención ya se conozca que la persona está en el territorio de otro Estado. Será posterior esta notificación en los demás casos, y deberá hacerse inmediatamente después de tener conocimiento de que la persona objeto de la intervención se encuentra en el Estado notificado.

Recibida la notificación, el Estado miembro deberá responder en el plazo máximo de 96 horas, en alguno de los siguientes sentidos:

- Permitir que prosiga la intervención o supeditarla a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares.
- Exigir que no se lleve a cabo la intervención o se ponga término a la misma, debiendo motivar esta decisión, que podrá fundarse en que la misma sea contraria a su Derecho interno. También podrá exigir que el material intervenido mientras la persona objeto de la intervención se encontraba en su territorio no se utilice o se someta su utilización a unas condiciones específicas.
- Pedir una prórroga de 8 días máximo de duración con el fin de cumplir con el procedimiento interno de su legislación nacional.

Hasta que no conste la resolución del Estado sobre la pertinencia o no de la intervención, el Estado que la realiza podrá proseguirla pero no podrá utilizar el material intervenido salvo que exista acuerdo al respecto entre los Estados interesados o que deba adoptarse una medida urgente para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, informando al respecto al otro Estado.

2b) Si se necesita la asistencia técnica del Estado donde se encuentra la persona.

Como se mencionó anteriormente, en este caso es imprescindible que en la solicitud de asistencia se incluya un resumen de los hechos y el requerido podrá exigir cualquier información adicional que le permita decidir si él mismo habría adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares.

El Estado miembro requerido adoptará la intervención siempre que él mismo lo hubiera adoptado en un caso nacional de características similares, y en su caso supeditado a las mismas condiciones.

3ª) La persona cuyas comunicaciones son objeto de intervención se encuentra en un tercer Estado, diferente a aquel del que se necesita asistencia técnica para intervenir la comunicación

Por ejemplo, la autoridad española quiere intervenir una comunicación a un sujeto que se encuentra en Italia, pero la estación terrestre que posibilita dicha intervención se encuentra en Francia.

Hay, por tanto, dos Estados implicados: aquel en el que se encuentra el sujeto (del que no se necesita asistencia técnica) y aquel en el que se encuentra la estación terrestre (del que sí se necesita asistencia técnica).

Esta modalidad supone combinar dos tipos de mecanismos.

- En relación con el Estado del que no se necesita asistencia técnica, aquel en el que se encuentre el sujeto, procede la notificación en los términos expuestos anteriormente, siguiendo el mismo procedimiento que si la estación terrestre se ubicara en el Estado que autoriza la intervención.
- En relación con el Estado del que se necesita asistencia técnica, pero en el que no se encuentra el sujeto, se autorizará la intervención sin más formalidades, esto es, como si el sujeto estuviera en el Estado requirente en caso de que sea posible la transmisión inmediata de la comunicación. Si por el contrario no resultare posible, sino que hubiera que acudir a los mecanismos de intervención, grabación y ulterior transmisión, el Estado requerido adoptará la medida si él mismo hubiera adoptado la misma en un caso nacional de características similares, pudiendo supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional.

Obsérvese que este supuesto es necesariamente asistencial. En este caso el Estado que quiere intervenir la comunicación (en nuestro ejemplo España) no puede acudir al mando a distancia, pues el convenio sólo contempla esta utilización cuando la persona objeto de intervención se encuentra en el Estado que autoriza la misma, es decir, en este caso el requirente, España. En el supuesto ahora analizado, la persona se encuentra en un tercer Estado y de ahí que no puedan utilizarse los “mandos a distancia”.

5.2.4 Protocolo hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001

El Protocolo del CUE/2000, hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001¹⁷⁹ (en adelante P/CUE/2001) nace ante la necesidad de adoptar medidas adicionales en el ámbito de la asistencia judicial en materia penal con objeto de combatir la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la delincuencia financiera. Las evaluaciones mutuas entre los Estados miembros permitieron detectar la enorme dificultad de realizar

¹⁷⁹ Aplicación provisional BOE de 14 de abril de 2005 y entrada en vigor en BOE de 28 de octubre de 2005.

un seguimiento bancario y de ahí que se concluyera la necesidad de contar con un nuevo instrumento que facilitara la cooperación judicial en esta materia¹⁸⁰. Si bien se planteó que fuera un convenio autónomo, finalmente se configuró como un protocolo al CUE/2000. Todas sus disposiciones serán de aplicación a cualquier solicitud de asistencia judicial en materia penal y no sólo a aquellas cuyo contenido se corresponda con las medidas específicamente reguladas en el P/CUE/2001, pues no olvidemos que éste complementa al CUE/2000.

De manera coherente con la finalidad perseguida, destaca el P/CUE/2001 que no podrá denegarse la asistencia invocando el secreto bancario, alegando el carácter político del delito o por el hecho de que la solicitud se refiera a infracciones que en el requerido se consideren infracciones fiscales. Concretamente en relación con las entradas y registros, si las mismas están sujetas al requisito de doble incriminación de la conducta, se entenderá cumplida esta condición si la infracción que origina la solicitud tiene la consideración en el requerido de infracción fiscal de la misma naturaleza. En este sentido no podrá denegarse la asistencia alegando que el Estado miembro requerido no impone el mismo tipo de contribuciones o impuestos, no contiene el mismo tipo de reglamentación en materia de contribuciones, de cambio o de impuestos de Aduana.

Se recoge la obligación del Estado requerido de informar al requirente sobre la conveniencia de realizar investigaciones no previstas inicialmente o que no hubiesen podido especificarse en el momento de la solicitud y que surjan durante la ejecución de la solicitud de asistencia. Tras dicha información, el requirente decidirá si toma nuevas medidas.

Las específicas diligencias de investigación reguladas en el protocolo hacen referencia a la actividad bancaria de la persona investigada, y pueden consistir en la mera información sobre cuentas o sobre las transacciones bancarias o incluso en el control de estas últimas¹⁸¹:

-1) La primera de las medidas consiste en que el requerido informe al requirente de si una persona *es titular o tiene bajo su control* una o más cuentas de cualquier tipo en una entidad bancaria de su territorio y facilite todos los pormenores sobre dichas cuentas. Podrán los Estados miembros subordinar la ejecución de estas solicitudes a que se den las mismas condiciones que las exigidas cuando lo solicitado es un registro y embargo. Para acceder a dicha solicitud es necesario que la infracción que motiva la solicitud cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- Sea sancionable con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de una duración máxima de al menos cuatro años en el Estado requirente y de la menos dos años en el requerido;
- Sea una infracción susceptible de enmarcarse en la competencia de Europol;

¹⁸⁰ Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., “Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios” en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, cit., pág.74.

¹⁸¹ Obsérvese que su literalidad es prácticamente coincidente con el CCE/B/2005, al que nos hemos referido en epígrafes anteriores de este mismo capítulo. Esto refleja cómo en esta ocasión es la Unión Europea la que ha impuesto su impronta en el convenio del Consejo de Europa, frente a la tendencia anterior en el tiempo, donde era en el seno del Consejo de Europa donde se consagraban las líneas fundamentales de la cooperación judicial de la Unión.

- Sea una infracción mencionada en el convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas o sus protocolos.

La solicitud deberá contener los motivos por los que se considera que la información bancaria solicitada puede ser pertinente para la investigación de la infracción, los elementos que permiten suponer que la cuenta está abierta en un banco establecido en el territorio del Estado requerido, y toda la información disponible que permita facilitar la ejecución de la solicitud.

-2) La segunda de las medidas de investigación hace referencia a que se faciliten *detalles sobre las cuentas bancarias especificadas* y concretamente de las operaciones bancarias realizadas en un periodo determinado, indicando las cuentas emisoras y receptoras. También en este caso es imprescindible indicar en la solicitud los motivos por los que esta información es pertinente a efectos de investigación de la infracción y podrá condicionarse la ejecución de la solicitud a que se den las mismas condiciones exigidas cuando el objeto de la misma es un registro y embargo.

-3) La tercera de las medidas de investigación supone un paso más allá al de la transmisión de información sobre transacciones ya verificadas pues implica *el control o monitorización* de las que tengan lugar en un periodo de tiempo futuro que deberá especificarse en la solicitud. La decisión sobre el control corresponderá, tras ponderar los motivos de su pertinencia que deberán reseñarse en la solicitud, a la autoridad competente del Estado requerido, que deberá respetar su derecho nacional al respecto (por tanto, esto constituye una nueva exclusión de *lex fori*).

6. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA AUSENCIA DE UNA LEY ESPAÑOLA QUE REGULE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL CONVENCIONAL EN MATERIA PENAL

Como colofón de este capítulo resulta necesario apuntar algunos de los problemas que se derivan de la ausencia en el ordenamiento jurídico español de una ley de cooperación judicial penal internacional que permita a nuestras autoridades judiciales, al amparo de los convenios que hemos expuesto en las páginas anteriores, emitir y ejecutar comisiones rogatorias que tengan como objeto la solicitud o la obtención de prueba transnacional.

Contar con una ley de cooperación judicial penal internacional es imprescindible por todo tipo de razones. Cuantitativas, pues cada vez más frecuentemente se acude a mecanismos de cooperación judicial internacional para investigar hechos delictivos ocurridos en España. También cada vez de manera más habitual nuestras autoridades judiciales son requeridas por otras para practicar en España diligencias de investigación que deben surtir efecto en procedimientos judiciales extranjeros. Cualitativas, dado que la complejidad de la cooperación internacional no es pequeña; como elemento representativo baste repasar las páginas precedentes donde hemos intentado condensar la multitud de mecanismos convencionales de todo tipo de los que pueden o deben hacer uso las autoridades judiciales españolas. Pero, al margen de estas consideraciones, creemos que es notorio que en la práctica la cooperación judicial penal española, activa y pasiva, permite un amplio margen de mejora. Ante numerosos problemas se dan soluciones diversas y en muchos casos insatisfactorias. Esta problemática, en sus líneas generales, es común cualquiera que sea el convenio – bilateral o multilateral, europeo o de otro ámbito - que resulte de aplicación, motivo por el cual la analizamos en este epígrafe final del capítulo dedicado a la cooperación convencional.

Distinguiremos entre los problemas detectados en cooperación activa de los que se corresponderían con la cooperación pasiva. Pero antes nos detendremos en un primer escollo, común a ambas facetas: la indeterminación legal del papel que puede desempeñar el Ministerio de Justicia como autoridad central cuando las comisiones rogatorias deben cursarse o recibirse por esta vía. La imprecisión viene dada por el hecho de que no resulta claro si la autoridad central puede realizar un control *formal* o si, de algún modo, puede ir más allá mediante un control *material* que permita entrar en el fondo de la solicitud de asistencia. Por control formal entendemos aquel que limita su atención a aspectos como que conste la autoridad emisora, que se especifique si es materia civil o penal o se concrete el delito y la actividad que se solicita. En cambio, un control material permitiría, por ejemplo, valorar si el convenio invocado es o no aplicable, si la diligencia de investigación tiene o no cabida en ese marco jurídico convencional invocado o si lo pedido es compatible con nuestro orden público, devolviendo la rogatoria en caso de realizar una calificación negativa. Pues bien, la concreta extensión de las facultades de nuestra autoridad central no está regulada en ninguna norma con rango legal en España y no es un tema baladí, pues afecta a la esencia misma de la actividad jurisdiccional en lo que a obtención de prueba para el proceso penal se refiere.

Si, pongamos por caso, España rompe relaciones diplomáticas con otro Estado ¿significa eso que la autoridad central española no cursará las comisiones rogatorias que procedan o se dirijan a dicho Estado? Incluso sin llegar a estos ejemplos extremos: si una autoridad judicial española emite una rogatoria sin tener competencia para ello (por ejemplo, la fiscalía en relación con una diligencia que restrinja derechos fundamentales) ¿puede la autoridad central no cursarla?

Hasta el momento sólo tenemos noticias de casos de devolución de comisiones rogatorias por parte del Ministerio de Justicia cuando se remite por este cauce en relación con Estados miembros de la UE, como Francia, que han reiterado por escrito la necesidad de aplicar la normativa internacional vigente que prevé la remisión directa de la petición de asistencia desde la autoridad judicial española a la autoridad judicial francesa.

Aunque no sea un problema que se esté dando hoy día, nos parece que en evitación de distintas interpretaciones sobre qué puede o qué no puede hacer la autoridad central es imprescindible que una ley de cooperación judicial internacional penal se pronuncie sobre estas cuestiones, perfilando la extensión concreta que deba darse a su intervención. Y, de promulgarse, abogamos por que en todo caso se garantice la independencia del Poder Judicial en el ejercicio de la labor jurisdiccional que desde luego incluye también la emisión de comisiones rogatorias, así como la ejecución o denegación de las recibidas, sin que la autoridad central deba servir de filtro o de control previo. En definitiva, a nuestro juicio el papel de la autoridad central debe quedar reservado únicamente a servir de canal de transmisión, sin control material de ningún tipo y con muy limitadas facultades de control formal.

6.1 Cooperación activa

Entrando ya en la actividad llevada a cabo por las autoridades judiciales españolas en la faceta de cooperación judicial activa, por lo que respecta a la emisión de las comisiones rogatorias una de las primeras cuestiones que puede resultar problemática es qué tipo de autoridad judicial puede o debe emitir las.

Ciñéndonos en primer lugar a la actividad de los órganos judiciales, la duda que puede plantearse es si cabe que lo haga el letrado de la Administración de Justicia o si debe

hacerlo el juez o magistrado. Y esto viene íntimamente relacionado, en nuestra opinión, con el procedimiento seguido con carácter previo a la emisión de la rogatoria en sí.

Últimamente viene prestándose mucha atención al carácter de autoridad judicial de los secretarios judiciales a los efectos de la cooperación internacional. Conviene recordar que no hay norma con rango de ley que establezca -con carácter general- que los letrados de la Administración de Justicia tendrán la consideración de autoridad judicial a estos efectos de la cooperación internacional (sin perjuicio de reconocer su condición de autoridad de conformidad con el art. 440 LOPJ). Ya hemos tenido ocasión de destacar que España declaró, en relación con el CCE/1959, que los secretarios judiciales tendrían la consideración de autoridad judicial en el marco de este convenio. Importante nos parece recordar que esta declaración no puede hacerse extensiva a otros mecanismos de asistencia convencional, puede sólo aplicarse en el ámbito concreto en el que España hizo esa declaración, esto es, el CCE/1959 y los convenios que complementan a aquel, como el CUE/2000. A nuestro juicio no puede extrapolarse a los convenios bilaterales o multilaterales de otros ámbitos, como NNUU, porque sobre estos ninguna declaración ha realizado nuestro país. Por tanto, el punto de partida entendemos que debe ser éste: sería recomendable que expresamente se pronuncie la ley sobre el carácter de autoridad judicial de los secretarios judiciales a efectos de cooperación con otros Estados. La falta de este texto legal y la existencia de declaraciones específicas sólo en relación con algún convenio esporádico imposibilitan dar por sentado que ostentan esta consideración en todos los demás supuestos. Esta falta de previsión en texto con rango de ley hace discutible si los secretarios judiciales pueden emitir las comisiones rogatorias y firmarlas en exclusividad -todo ello sin perjuicio de que sea obligado mencionar las dificultades prácticas que la emisión por el secretario judicial conlleva en relación con algunos Estados dado que al carecer en su ordenamiento jurídico interno de una figura equiparable sus autoridades vienen denegando la ejecución cuando la rogatoria ha sido firmada por quien no sea juez, magistrado o fiscal-. Frente a quien opina que es el secretario judicial el llamado a emitir todas las solicitudes de asistencia judicial mutua, salvo eventual indicación en contrario en el específico instrumento internacional de que se trate¹⁸², consideramos que hay serias dudas de que pueda ser así. En el elenco de funciones que la LOPJ atribuye a los secretarios judiciales no se menciona expresamente la competencia para emitir peticiones de auxilio judicial internacional (art. 452-462 LOPJ). En el ámbito reglamentario, el artículo 7 f del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales¹⁸³, dispone que los secretarios judiciales expedirán los mandamientos, despachos y exhortos precisos para la ejecución de lo acordado en el procedimiento, de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales. La cuestión es que ninguna ley procesal establece que una comisión rogatoria o petición de auxilio judicial internacional pueda equipararse jurídicamente a un exhorto nacional. Esta última equiparación nos parece inadecuada, dadas las singulares características de las rogatorias, como trataremos de explicar a continuación.

La emisión de la petición de auxilio judicial internacional implica una serie de decisiones de carácter jurisdiccional que nos parece que, en un órgano judicial, deben estar reservadas al juez o magistrado. Estas decisiones son las que diferencian

¹⁸² Cfr. REVILLA PÉREZ, L., “El secretario judicial y la cooperación jurídica internacional” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (MARTÍN OSTOS coord.)*, Barcelona 2013, pág. 408-409

¹⁸³ BOE de 20 de enero de 2006.

notablemente las comisiones rogatorias de los exhortos nacionales. Sin ánimo de exhaustividad baste decir que en la rogatoria debe determinarse el convenio de asistencia judicial que se invocará (y puede haber varios instrumentos, pudiendo elegir uno u otro); en ocasiones será necesario realizar una calificación jurídica detallada de los hechos objeto del procedimiento penal y adelantar la pena que para ellos viene prevista (porque de esa calificación y del umbral punitivo podrá depender la concurrencia o no de causas de denegación por parte de la autoridad requerida); en otras será preciso detallar los motivos que justifiquen la necesidad de que se practique la diligencia de investigación interesada y, lo que es más importante, las formalidades o procedimientos de la legislación española que se solicita sean respetados durante la ejecución para garantizar la admisibilidad de la prueba obtenida en el extranjero. Todas estas decisiones creemos que inciden en el núcleo de la actividad jurisdiccional en su vertiente de cooperación internacional penal y, consecuentemente, deben quedar reservadas al juez o magistrado. Somos conocedores de que la Instrucción 2/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa al fomento de la cooperación jurídica internacional, respalda estas decisiones en el secretario judicial, concretamente – por citar sólo el ejemplo más significativo – la “inclusión de resumen de legislación procesal para el eventual caso que –conforme al artículo 4 del Convenio de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea- la resolución judicial que motiva la solicitud haga expresa mención en cuanto a la necesidad de ejecutar la solicitud conforme la legislación procesal española. En este supuesto, los secretarios judiciales incluirán un extracto del articulado relevante de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –u otro texto procesal- que sea preciso para la práctica de la diligencia en el otro país”. Como venimos repitiendo, la determinación de los procedimientos y formalidades esenciales no nos parece en absoluto equiparable a la mera transcripción de la legislación procesal aplicable, afecta a la esencia de la actividad jurisdiccional y podrá tener un impacto decisivo en la admisibilidad de la prueba recabada, por lo que en nuestra opinión en modo alguno puede quedar a criterio del secretario judicial. Tampoco es esta una materia, por otra parte, que pueda ser regulada en una Instrucción.

Ahora bien, escenario distinto es aquel en el que el juez o magistrado, previamente a la emisión de la rogatoria, se pronuncia en una resolución motivada sobre todas las materias antes aludidas que atañen a la petición de cooperación internacional. Dicho de otro modo, si el juez instructor no sólo acuerda que se oiga a un testigo en el extranjero sino además se pronuncia motivadamente sobre qué mecanismo de cooperación judicial internacional debe ser utilizado para la práctica de esta diligencia y qué formalidades se exigirán no veríamos problema en que la rogatoria sea emitida (firmada) por el letrado de la Administración de Justicia (siempre y cuando en ese ámbito estuviera reconocido por norma con rango de ley de aplicación general su condición de autoridad judicial a efectos de cooperación internacional). En este último caso el letrado de la Administración de Justicia estaría documentando una orden del juez, que es el único que puede acordar una actuación procesal de obtención de prueba durante la investigación penal. En conclusión, no sólo parece necesaria una ley que atribuya esta función específicamente a los secretarios judiciales sino también que la misma ley reserve al juez o magistrado la resolución sobre los presupuestos que servirán de fundamento a la rogatoria en sí. Y sería recomendable, para el correcto entendimiento de nuestro sistema procesal, que la ley exigiera que se mencionara expresamente en la rogatoria que la actuación procesal ha sido acordada por el juez y que el letrado de la Administración de Justicia se limita a documentar dicha orden mediante la emisión de la rogatoria.

La falta de determinación en texto con rango de ley de los trámites que deben seguirse con carácter previo a la emisión de la rogatoria no sólo deviene problemática en relación con lo ya expuesto. No es infrecuente comprobar en los procedimientos judiciales españoles que en autos se acuerda emitir una comisión rogatoria para la práctica de una diligencia de investigación en el extranjero sin que la diligencia en sí sea previamente acordada mediante auto o providencia en el procedimiento penal nacional. En casos extremos incluso aunque la diligencia afecte a derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, el juez de instrucción acuerda por providencia emitir la comisión rogatoria para la realización de una entrada y registro en otro Estado sin dictar un auto que acuerde esta restricción de derechos fundamentales en el proceso penal español. O suple el auto con el texto de la rogatoria, sin dictar resolución judicial alguna en el procedimiento.

Entre los trámites previos a la emisión resultaría conveniente que la ley exigiera un traslado no sólo a la fiscalía sino también a las partes personadas en autos (lógicamente siempre que el estado de la causa lo permita por no estar declarada secreta). Este traslado puede resultar esencial para garantizar la contradicción a que tiene derecho la parte personada en la instrucción penal (derecho existente en esta fase, aunque limitado) de modo que pueda salvaguardarse su respeto incluso en la diligencia de investigación que se practique en el extranjero.

Estamos pensando en la posibilidad de que la acusación o la defensa formulen preguntas que quieran hacer al declarante en el otro Estado si la audición no se realizará por videoconferencia y por tanto no podrán hacerlas en el momento de la deposición. También para que manifiesten expresamente su voluntad de estar presentes durante la ejecución de la rogatoria en el Estado requerido, si así lo permite el convenio invocado y la propia *lex loci*.

Este traslado a las partes personadas es especialmente importante para que manifiesten lo que a su derecho convenga en relación con las formalidades y procedimientos específicos que pueden ser interesados por la autoridad requirente española para su cumplimiento por la Parte requerida. Si, como sostenemos en estas páginas, el respeto a la *lex fori* puede ser crucial para la admisibilidad de la prueba, parece imprescindible que las partes tengan intervención en esta concreción de procedimientos o formalidades, en el bien entendido de que deben ser sólo aquellas que resulten esenciales.

Esta cuestión de cuáles son los procedimientos y formalidades esenciales para la admisibilidad de la prueba en España podría precisarse, en cuanto a mínimos, en una ley de cooperación internacional. De este modo no quedarían al libre arbitrio de las autoridades judiciales emisoras. Intentaremos avanzar los requisitos que a nuestro juicio tienen este carácter al detenernos en la admisibilidad en el proceso español de la prueba obtenida en el extranjero al hilo de las diferentes medidas de investigación en el último de nuestros capítulos.

Problemática es también la emisión de comisiones rogatorias por parte de la fiscalía durante las diligencias de investigación preprocesales que dirigen. Vaya por delante que entendemos que es posible su emisión, porque la condición de autoridad judicial de los fiscales - en el ámbito de la cooperación judicial internacional en materia penal -no reviste duda alguna, pero creemos que deben respetarse en todo caso las limitaciones propias de sus diligencias de investigación. Lógicamente, consideramos que no podrán emitir rogatorias sobre materias para las que carecen de competencia a nivel nacional, como la restricción de derechos fundamentales. Pero tampoco podrán instar diligencias que en otro Estado se declararían secretas pues sabido es que las diligencias

preprocesales de fiscalía no pueden tener este carácter. La rogatoria emitida por fiscales debería advertir de estas circunstancias, también de la sujeción a plazos o de que la comisión rogatoria quedará sin efecto en caso de que se judicializasen en España las diligencias de investigación, pues entonces sólo correspondería al juez de instrucción decidir sobre la procedencia o no de recabar la asistencia judicial internacional y sobre los términos en que dicha solicitud debe hacerse.

6.2 Cooperación pasiva

Desde la perspectiva de la ejecución por nuestras autoridades judiciales de las comisiones rogatorias recibidas en España, esto es, en la cooperación judicial pasiva, los problemas son incluso de mayor entidad.

Un primer bloque de problemas pivotarían en torno al tipo de autoridad puede ejecutar la comisión rogatoria, debiendo distinguir, a su vez, los siguientes supuestos:

1) Dilucidar cuándo debe ser ejecutada por el servicio común y cuándo por un juzgado específico. No es infrecuente que los protocolos de los servicios comunes distingan, en materia de cooperación internacional, entre aquellas actuaciones que requieren intervención judicial (que son remitidas al juzgado o tribunal correspondiente) de aquellas que no precisan esta intervención (y que por tanto se realizan directamente por los servicios comunes)¹⁸⁴. La cuestión, en nuestra opinión, es que esta distinción no tiene amparo legal alguno y que bien pudiera entenderse que determinadas actuaciones, cuya ejecución viene reservada al letrado de la Administración de Justicia -como las notificaciones- cuando vengan solicitadas al amparo de un instrumento de cooperación internacional en el ámbito penal deben pasar previamente por un control judicial que determine si la diligencia se practica o no.

Por ejemplo, el auxilio que consista en notificar en España una sentencia que imponga la pena de muerte entendemos que debe ser rechazada por el órgano jurisdiccional al considerar que prestar esta asistencia sería contrario al orden público español; pero también creemos que esa decisión sólo puede ser tomada por el juez de instrucción. En el ejemplo utilizado puede no resultar tan evidente, por obvio, pero otros pueden dejar margen de interpretación y, consecuentemente, estarán sujetos a una cierta valoración jurisdiccional. Por ejemplo, si se recibe una comisión rogatoria para realizar una citación pero en una causa en la que puede existir cosa juzgada al haber sentencia firme en España por esos hechos. O una notificación y requerimiento de ingreso en prisión en relación con una sentencia dictada en rebeldía. O la citación a un testigo para que comparezca personalmente en una causa seguida en el Estado requirente dado que, dependiendo del convenio, puede exigirse que se preste garantía de que será respetada la inmunidad del testigo mientras se encuentre en el territorio del requirente por hechos anteriores a los que motivan la citación. Estos ejemplos nos parecen ilustrativos de que los servicios comunes no pueden resolver si una asistencia internacional se presta o no.

En cooperación internacional penal, por inocua que parezca la diligencia de que se trate, debe existir una resolución del juez español que resuelva, motivadamente, si concurre o no una causa para denegar la cooperación.

¹⁸⁴ El artículo 4 del Decreto 169/2010 de 16 de noviembre, sobre estructura y organización de la oficina judicial en Cataluña (DOGC nº 5764 de 26 de noviembre de 2010) sobre las competencias y funciones de los servicios comunes procesales en su punto 2.3 contempla la posibilidad de que desarrollen funciones de auxilio judicial internacional. Los protocolos que elaboran los secretarios coordinadores provinciales en ocasiones distinguen entre que sea o no necesaria la intervención judicial. Con base en este tipo de normas se está generalizando en la práctica que estos servicios comunes presten auxilio internacional no sólo se haga en el ámbito civil sino también en el penal.

En esta misma línea otras diligencias cuya práctica puede recaer en los órganos judiciales, como la videoconferencia, creemos que exigen en todo caso la presencia del juez o magistrado. Una videoconferencia nacional no es equiparable a una internacional. En esta última la autoridad judicial española debe velar por el orden público español, impidiendo que se formulen preguntas que puedan afectarlo o garantizando que el declarante puede acogerse a los derechos que nuestra legislación le atribuye (tanto si declara como testigo – art. 416 LECrim - como si lo hace como imputado – art. 118 LECrim -). Nos parece que el letrado de la Administración de Justicia no puede realizar esta función de preservar el orden público español, porque carece de esta competencia en el ámbito interno.

La Instrucción 2/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa al fomento de la cooperación jurídica internacional, resulta especialmente ambigua en la determinación de las competencias que en cooperación pasiva se atribuyen a los secretarios judiciales. Consideramos, eso sí, que algunas funciones, como acusar recibo a la autoridad requirente, sí les competen en exclusividad. En cualquier caso, no debe ser ésta una materia abierta a instrucciones o a interpretaciones, sino que debe estar regulada por ley.

2) Esclarecer qué comisiones rogatorias puede ejecutar directamente la Fiscalía, sin intervención del órgano judicial. Repárese en que actualmente la decisión la toma el Ministerio de Justicia cuando se trata de comisiones rogatorias procedentes de terceros Estados, sin que los criterios para la toma de esta decisión estén recogidos en una regulación con rango legal. Entrando en la casuística, nos parece posible que la fiscalía pueda ejecutar diligencias de audición por videoconferencia durante la fase de investigación siempre y cuando las actuaciones no deban estar secretas y no puedan utilizarse como prueba preconstituida. También creemos que puede realizar investigaciones patrimoniales. Otras diligencias, sin embargo, resultan más problemáticas. Sin perjuicio de analizar algunas de estas cuestiones con ocasión del estudio que se haga de la orden europea de investigación, baste apuntar que la posibilidad de que la fiscalía reciba una rogatoria con multitud de diligencias (unas que afecten a derechos fundamentales y otras que no) y ejecute directamente aquello para lo que tendría competencia - lo que no afecta a derechos fundamentales- exhortando con posterioridad al órgano judicial para que acuerde lo que proceda en lo que sí afecta a estos derechos, pero sin remisión entera de la petición de asistencia, nos parece que no tiene amparo legal (recordemos que el art. 773.2 LECrim obliga a cerrar las diligencias de investigación del fiscal cuando se remiten al órgano judicial, sin que establezca excepción alguna al respecto cuando se trate de peticiones de asistencia judicial internacional). La Instrucción 2/2003 de 11 de julio de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) sobre actuación y organización de las fiscalías en materia de cooperación judicial internacional sostiene sobre este particular que los fiscales deberán valorar en cada caso concreto si remiten totalmente la comisión rogatoria al Juzgado o si ejecutan aquello para lo que sí tienen competencia, con remisión al órgano judicial del resto de las diligencias, pudiendo luego el juzgado “optar por la devolución directa a la autoridad extranjera de emisión o al fiscal que una vez recibida deberá enviarla a la autoridad judicial remitente”. Al margen de entender que no es una Instrucción de la FGE el lugar idóneo para recoger las opciones que sólo al órgano judicial corresponde determinar si tiene o no, creemos que no hay norma legal ni justificación alguna que arbitre esta posibilidad. Hacerlo así sustrae al juez, de facto, de la comunicación directa con la autoridad requirente, haciendo de la fiscalía una autoridad con facultades de

transmisión o intermediación que no le atribuye nuestro ordenamiento jurídico en lo que a cooperación internacional se refiere.

En la práctica se observa una fuerte tendencia a hacer de la fiscalía la autoridad receptora de las comisiones rogatorias, cualquiera que sea el tipo de diligencias solicitadas. En nuestra opinión esto obedece a dos causas diferentes: a) la tendencia de las autoridades extranjeras de entender equiparables las funciones del Ministerio Público en todos los Estados miembros, obviando las peculiaridades del sistema español; y b) la proliferación de protocolos entre la fiscalía y autoridades de otros Estados para que, en concretas materias -como el tráfico de estupefacientes- todas las rogatorias se canalicen por la vía de los Ministerios Públicos. De lo que queremos alertar en estas líneas es de que esta praxis, que no tiene apoyo legal, no está exenta de problemas. Citemos sólo alguno. Puede ocurrir que la autoridad requirente solicite en la comisión rogatoria una entrada y registro y, a pesar de que afecte a derechos fundamentales, la remita a fiscalía. Si la fiscalía entiende que la diligencia de investigación restrictiva de la inviolabilidad domiciliaria no está justificada -por ejemplo, ante la escasa gravedad del delito investigado- puede darse el caso que la devuelva a la autoridad requirente. Este actuar supone que la decisión sobre la diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales se estaría adoptando, de hecho, por una autoridad que, conforme a nuestra legislación interna, no es la llamada a decidir. Se convierte de este modo la fiscalía en un “filtro previo” que, por loable o útil que resulte, estaría ejerciendo una facultad no prevista en la ley. Si una ley atribuyera a la fiscalía la condición de autoridad central o receptora de comisiones rogatorias debería especificar también en qué supuestos puede devolver la petición a la autoridad requirente y si para hacerlo debe o no informar al juzgado.

Entrando ya en los problemas de competencia propiamente dichos, convendría distinguir entre problemas de competencia objetiva y de competencia territorial. En ambos casos, ante la falta de criterio legal expreso, no cabe sino entender, como se viene haciendo en la práctica, que las normas de competencia para la ejecución de las solicitudes de cooperación internacional deben seguir los criterios de competencia que la LOPJ y la LECrim fijan para las causas nacionales, de modo que se fija por analogía a los casos internos. Esto, como veremos, no resulta de fácil aplicación.

En relación con la competencia objetiva, cabe destacar:

- 1) Una primera dificultad estaría en dilucidar qué juzgado sería competente por razón del delito que está siendo investigado en el otro Estado. Esto puede resultar fácil en relación con delitos cuya competencia exclusiva está reservada, sin reservas o matices, a determinados órganos judiciales, como los Juzgados Centrales de Instrucción en materia de investigación de delitos de terrorismo. Probablemente todos coincidamos en que la ejecución de una comisión rogatoria que tenga por objeto una intervención telefónica que deba practicarse en España en relación con un delito de terrorismo investigado en otro Estado será competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción. Pero por ejemplo, si el delito investigado es de tráfico de drogas, la aplicación por analogía de la norma interna no resulta tan evidente (el art. 65.d LOPJ, al que se remite el art. 88 LOPJ, para el tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, exige que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias, lo cual puede tener difícil traslación a

peticiones de asistencia internacional, donde previsiblemente el delito producirá efecto en el territorio del otro Estado, siendo discutible que pueda entenderse la analogía en el hecho de que la ejecución de la rogatoria exija la práctica de diligencias en varios partidos judiciales españoles).

- 2) Tampoco puede ser fácil determinar qué juzgado o tribunal sería competente por razón de la actividad procesal de que se trate. Por ejemplo, tratándose de una videoconferencia durante la fase de enjuiciamiento cabe discutir si debe ejecutarla el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial aplicando la analogía en función de la gravedad de la pena prevista para el delito que motivó la emisión de la rogatoria por la autoridad extranjera. Asimismo, puede dudarse si el parámetro para esta analogía debe ser la pena prevista en el Estado requirente (de modo que, por ejemplo, si se trata de enjuiciamiento de una conducta que tenga prevista en el otro Estado pena superior a 5 años correspondería a la Audiencia Provincial y en otro caso al Juzgado de lo Penal, art. 14.3 LECrim) o si debe estarse a la calificación jurídica de los hechos pero aplicar la norma de competencia en función de la pena prevista para ese delito en el ordenamiento jurídico español, al margen de cómo esté penada la conducta en el Estado requirente de asistencia.

En relación con la competencia territorial, surge el problema cuando en una misma comisión rogatoria se solicita la práctica de diligencias que deben ejecutarse en distintos partidos judiciales o cuando, en el curso de la ejecución, el elemento que determinó la atribución de competencia cambió de ubicación. En este punto a nuestro juicio no sólo es necesaria una regulación legal, sino que además ésta debe favorecer que no haya diseminación de una misma comisión rogatoria entre varias autoridades judiciales y que se consagre el criterio de la perpetuación de la jurisdicción para evitar cambios durante el proceso de ejecución.

Una vez determinado el órgano o autoridad competente, los problemas perduran. No está regulado qué procedimiento debe seguirse para la ejecución de la comisión rogatoria, específicamente, qué resoluciones (providencias, autos, decretos) deben dictarse durante la tramitación de la prestación de asistencia judicial internacional; qué intervención debe darse a las partes, su posible personación y participación durante la ejecución y consecuencias de los recursos. Pongamos como ejemplo las videoconferencias, destacando sólo algunos de los problemas que genera el hecho de que no esté regulado en nuestro país, a través de la correspondiente ley de cooperación judicial internacional, cómo deben practicarse estas videoconferencias en casos transfronterizos:

a) La primera cuestión a la que nos referiremos por ahora sería de aplicación cuando España sea el país requerido y alude en esta ocasión al intérprete. Consideramos que aunque no fuese necesaria su intervención -por hablar el deponente la misma lengua que la autoridad requirente- su presencia será imprescindible para traducir a nuestra lengua tanto las preguntas formuladas por la autoridad requirente como las contestaciones del declarante. Sólo así podrán velar nuestras autoridades porque se cumpla en todo momento el orden público español (cuidando, por ejemplo, la pertinencia de las preguntas que se formulen). Creemos también que es ineludible por la

exigencia del artículo 231 LOPJ de que la práctica de toda diligencia judicial se realice en nuestro país en una lengua oficial en España¹⁸⁵.

b) Las videoconferencias transfronterizas presentan también otra problemática de más calado, como la designación y participación de letrado al deponente o el régimen de dispensas de los testigos. De este modo, podemos cuestionarnos qué ocurre si el régimen de dispensas a declarar es diferente en uno u otro Estado.

Esto enlaza con lo que hemos visto con ocasión de la cooperación judicial activa: la disyuntiva de dilucidar qué formalidades, de las solicitadas por la Parte requirente, debe entenderse que afectan o no a los principios jurídicos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, no pueden ser respetadas. Conforme más intrusiva sea la diligencia (intervenciones corporales, agentes encubiertos, intervención de comunicaciones, por citar sólo algunos ejemplos) más difícil puede resultar consensuar procedimientos y formalidades. Esto enlaza, asimismo, con los problemas antes abordados respecto a la posible intervención autónoma del fiscal o del letrado de la Administración de Justicia.

Con todo lo anterior creemos haber justificado que son muchas las cuestiones que deben ser expresamente reguladas en un texto legal, por su importancia y porque la práctica no está arrojando soluciones satisfactorias, en ocasiones en materias en las que están directamente implicados los derechos fundamentales. Sólo con una ley de cooperación judicial penal internacional habría un mínimo de seguridad jurídica en una materia de trascendental importancia para la investigación y enjuiciamiento de las formas más graves de delincuencia y, con ello, para los derechos fundamentales.

¹⁸⁵ Cfr. RODRIGUEZ SOL, L., “El empleo de la videoconferencia en la asistencia judicial penal internacional”, *cit.*

CAPÍTULO II

LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

1. CONCEPTO-2. MARCO NORMATIVO-3. RED EUROPEA DE EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN-4. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL EQUIPO-5. CONSTITUCIÓN DEL EQUIPO-5.1 *Solicitud de constitución* -5.2 *Autorización para la constitución* -6. EL ACUERDO DE CONSTITUCIÓN-7. INTEGRANTES DEL EQUIPO-7.1 *Jefe*-7.2 *Miembros*-7.3 *Participantes*-7.3.1 *Eurojust*-7.3.2 *Europol*-7.3.3 *OLAF*-8. RÉGIMEN JURÍDICO DE ACTUACIÓN DEL EQUIPO-9. MODELOS DE ACUERDO DE CONSTITUCIÓN Y PLAN DE ACCIÓN OPERATIVO -10. CESE DEL EQUIPO Y SU EVALUACIÓN

CAPÍTULO II

LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

1. CONCEPTO

Los equipos conjuntos de investigación penal, en adelante EECCII, son grupos operativos de investigación constituidos por dos o más Estados, mediante la aportación de recursos personales, para la investigación de un concreto hecho delictivo. Dentro del estudio de la prueba penal transfronteriza es imprescindible dedicar un capítulo específico a los EECCII pues acudiendo a esta técnica de investigación devienen innecesarios todos los demás mecanismos de cooperación penal internacional. Sistemáticamente, conviene abordarlos ahora, tras el estudio general de los mecanismos convencionales de asistencia judicial en materia penal, al tratarse de una técnica especial de investigación prevista precisamente en algunos convenios, bien de carácter bilateral o multilateral, tanto dentro de la Unión Europea como fuera de ella. Nos centraremos, eso sí, en los EECCII en los que intervengan autoridades judiciales, dejando al margen los estrictamente policiales que, por definición, no son aptos para obtener prueba para el proceso penal.

Constituido el equipo, sus integrantes intercambiarán información y solicitudes de diligencias de instrucción como si se tratara de una única unidad investigadora, sin tener que recabar cobertura jurídica - a través de mecanismos de asistencia legal mutua internacional o de instrumentos de reconocimiento mutuo - para la transmisión de información o para la petición de obtención de prueba a autoridades de otros Estados. Por tanto, es evidente la utilidad del ECI: agilizará la instrucción, mantendrá en permanente comunicación a las autoridades responsables de la instrucción en los respectivos Estados y permitirá compartir los resultados de las investigaciones realizadas. Sobre esto volveremos con ocasión del régimen jurídico de obtención de prueba dentro del equipo.

En cuanto a su naturaleza, constituyen una forma específica de investigación penal a través de la cooperación internacional y su finalidad es agilizar, facilitar y hacer más eficaz la instrucción penal. Su objetivo es la obtención y transmisión de información, pero también la ejecución de diligencias de investigación en la fase de instrucción del proceso penal. Lógicamente, el equipo no es un objetivo en sí mismo sino que tiene carácter instrumental, es un cauce para transmitir información y ejecutar diligencias de investigación y de prueba que se pretende sean admisibles en el enjuiciamiento de una determinada conducta delictiva.

Pero la constitución y funcionamiento de los EECCII plantea una problemática específica, por su peculiaridad y por la insuficiente regulación de esta técnica de investigación. Esto, junto al hecho de que sea uno de las técnicas hoy día más utilizadas para la investigación de las actividades delictivas en el marco de la delincuencia organizada, hace aconsejable este estudio específico y diferenciado en este capítulo.

2. MARCO NORMATIVO

La descripción del marco normativo regulador de los EECCII no está exenta de cierta

complejidad. Se detallará a continuación, aun a riesgo de volver sobre algunos instrumentos jurídicos e ideas ya mencionados en el capítulo anterior o de anticipar otros que trataremos con detenimiento en capítulos posteriores.

Como adelantábamos en las páginas precedentes, España tiene vigentes convenios bilaterales que regulan esta técnica de investigación. Nos referimos concretamente al convenio de asistencia judicial en materia penal suscrito con Cabo Verde¹⁸⁶ y con Colombia¹⁸⁷. Pero la específica regulación de los EECCII en estos dos tratados bilaterales presenta una notable diferencia: en el caso de Cabo Verde el convenio se limita a determinar las líneas fundamentales de esta técnica mientras que la regulación en el convenio de Colombia es mucho más precisa, detallando los componentes del equipo y la legislación aplicable a su actuación, haciéndolo además en un sentido coincidente con la regulación europea.

En el ámbito multilateral¹⁸⁸, el Convenio de NNUU contra la Delincuencia Organizada Transnacional hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000¹⁸⁹ dedica su artículo 19 a regular lo que denomina investigaciones conjuntas. De manera muy escueta se arbitra la posibilidad de acudir a esta técnica de investigación bien a través de acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados que se suscriban con carácter general o bien a través de acuerdos específicos para cada caso concreto. Además de ello, únicamente se limita a garantizar el respeto de la soberanía del Estado donde tenga lugar la actuación, sin mayor precisión o detalle sobre cómo actuará y funcionará el equipo¹⁹⁰. En el mismo sentido el artículo 49 del Convenio de NNUU contra la corrupción hecho en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

Es en el ámbito de la UE donde los EECCII han alcanzado auténtico protagonismo y donde en su regulación se contiene mayor precisión sobre la constitución del equipo, su composición y funcionamiento.

Veamos este marco normativo comenzando con la previsión de esta técnica en derecho originario. El Tratado de la Unión Europea, en su redacción dada con el Tratado de Amsterdam¹⁹¹, recogía en el artículo 30, apartado 2, letra b, que el Consejo fomentará la cooperación mediante Europol¹⁹², capacitándola para que

¹⁸⁶ Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde relativo a la asistencia judicial en materia penal hecho ad referendum en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE de 16 de septiembre de 2009).

¹⁸⁷ Protocolo Adicional al convenio de cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho en Madrid el 12 de julio de 2005 (BOE de 19 de junio de 2010) por el que se modifica el Convenio de cooperación judicial en materia penal entre ambos Estados suscrito en Bogotá el 29 de mayo de 1997 (BOE de 17 de noviembre de 2000).

¹⁸⁸ En el marco del Consejo de Europa, el Segundo Protocolo Adicional al CCE/1959, tratado número 182 de 8 de noviembre de 2001, incorpora al ámbito del Consejo de Europa los avances en la asistencia judicial logrados con el CUE/2000, y por tanto los EECCII, haciéndolo de manera literalmente coincidente con la regulación de esta técnica en la UE. Sin embargo, al no haber ratificado España este segundo protocolo, como mencionamos en el capítulo anterior, no podrá invocarse esta base jurídica para la constitución de un ECI en nuestro país.

¹⁸⁹ Instrumento de ratificación de España en BOE 233 de 29 de septiembre de 2003.

¹⁹⁰ Esta regulación, aunque genérica, no deja de tener una importancia capital, pues posibilita la constitución de equipos conjuntos con Estados que no han ratificado o firmado otros convenios.

¹⁹¹ El Tratado de Amsterdam fue firmado el 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999. DOUE 340 de 10 de noviembre de 1997.

¹⁹² Europol es un ente de la Unión Europea, dotado de personalidad jurídica propia, cuya finalidad es apoyar y reforzar la acción de las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros, y su

facilite, prepare y coordine la ejecución de acciones específicas de investigación por las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidas las actividades operativas de equipos conjuntos que incluyan representantes de Europol en calidad de apoyo. Coherentemente con ello, las conclusiones del Consejo Europeo reunido en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999¹⁹³ recogían en su epígrafe 43 el llamamiento a que se creen sin demora equipos conjuntos de investigación como se contempla en el Tratado, con la finalidad de luchar contra el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el terrorismo.

El Consejo Europeo de Bruselas, celebrado los días 4 y 5 de noviembre de 2004, refrendó el Programa de la Haya¹⁹⁴, cuyo objetivo era consolidar el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia definido en el Tratado de Amsterdam. Entre las diez prioridades que refleja este plan plurianual 2005-2009 se encuentra garantizar la seguridad (epígrafe 3) y ello mediante la mejora de la cooperación operativa entre las autoridades policiales y judiciales de los distintos Estados miembros, entre otras medidas, mediante el establecimiento de equipos conjuntos pluridisciplinarios.

Tras el Tratado de Lisboa¹⁹⁵, el artículo 88.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el capítulo dedicado a la cooperación policial, hace referencia a los equipos conjuntos de investigación en idénticos términos a los mencionados anteriormente, por tanto en el ámbito de Europol. La única diferencia es que contempla la colaboración de Eurojust¹⁹⁶ en los EECCII, cuestión que, como veremos, es de la máxima importancia.

Al margen de estas previsiones en los Tratados y Programas, debe destacarse que el concreto antecedente normativo de esta técnica de cooperación lo encontramos en el Convenio de asistencia mutua y cooperación entre las administraciones aduaneras, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1997¹⁹⁷. En el artículo 24 se regulan los “equipos comunes de investigación especial” para la finalidad de perseguir y prevenir las infracciones de la normativa aduanera nacional y comunitaria. Están conformados por funcionarios de varios Estados sobre la base de un acuerdo adoptado por éstos, su actuación estará limitada en el tiempo, tendrán una finalidad específica, estarán dirigidos por el funcionario correspondiente del Estado en el que actúen y los integrantes del equipo deberán ajustar su actuación a la legislación del Estado donde intervengan. Estas características permiten calificarlos, sin duda, como el germen inmediato de los equipos conjuntos que ahora nos ocupan.

La vigente regulación europea de EECCII como técnica que permite obtener prueba para el proceso penal se encuentra en el artículo 13 CUE/2000. Recordemos que al

cooperación mutua, en la prevención y lucha contra el crimen organizado y otras formas graves de delincuencia que afecten a dos o más Estados miembros. En la actualidad viene regulada en la Decisión 2009/371 de 6 de abril de 2009 (DOUE L 121 de 15 de mayo de 2009), a la que nos referiremos en adelante como Decisión Europol. Cada Estado miembro cuenta con una Unidad Nacional de Europol, con sede en sus respectivos territorios, y enviará a la sede de Europol, en La Haya, al menos un funcionario de enlace. Para el tratamiento de la información y de los datos, incluso personales, se contará con un sistema de información y unos ficheros de trabajo de análisis, regulándose en la Decisión las normas de uso, protección de datos y seguridad de dicha información.

¹⁹³ Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere se pueden consultar en el enlace: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

¹⁹⁴ DOUE 236 de 24 de septiembre de 2005.

¹⁹⁵ Suscrito el 13 de diciembre de 2007, modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y está en vigor desde el 1 de diciembre de 2009. DOUE 306 de 17 de diciembre de 2007, corrección de errores DOUE 290 de 30 de noviembre de 2009, y BOE de 27 de noviembre de 2009, con corrección de errores BOE de 16 de febrero de 2010.

¹⁹⁶ Eurojust es un órgano de la Unión Europea, con personalidad jurídica propia, cuya finalidad es favorecer la coordinación entre las autoridades judiciales de la Unión Europea en la lucha contra las formas más graves de delincuencia. A Eurojust dedicaremos nuestra atención en el capítulo III.

¹⁹⁷ DOUE 24 de 23 de enero de 1998.

tratarse de un convenio de derecho internacional público cada Estado miembro es soberano para adherirse o no al mismo y que tardó en entrar en vigor debido a las reticencias de los Estados a su ratificación, sin que esté todavía en vigor en Italia, Irlanda y Grecia. Ante esta situación y dada la necesidad de dotar a los Estados miembros de un mecanismo que permitiera luchar eficazmente contra los atentados terroristas de principios de este siglo, la UE promulgó un instrumento *ad hoc* que permitiera acudir a esta técnica especial de investigación. Lo hizo a través del instrumento jurídico propio del tercer pilar, las Decisiones Marco¹⁹⁸, concretamente con la Decisión Marco 2002/465 del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación¹⁹⁹, en adelante DM/EECCII. Expresamente señala el artículo 5 DM/EECCII que sus disposiciones dejarán de estar vigentes en el momento en que haya entrado en vigor en todos los Estados el CUE/2000. Su articulado es exactamente coincidente al artículo 13 del CUE/2000 en lo que se refiere a equipos conjuntos. La decisión marco tenía que ser implementada por todos los Estados miembros de la UE antes del 1 de enero de 2003 pero también esta tarea sigue hoy día pendiente en algún Estado miembro, concretamente en Italia²⁰⁰.

En consecuencia, la situación actual es la siguiente: en relación con aquellos Estados miembros que han ratificado el CUE/2000 ésta será la base legal para constituir un ECI; sin embargo, si el equipo se constituye con alguno de los Estados miembros que no lo han ratificado, como Grecia o Irlanda, la base legal aplicable será la DM/EECCII; no obstante, las dificultades persisten con Italia, que ni ha ratificado el CUE/2000 ni ha traspuesto la decisión marco, obligando a acudir al convenio de NNUU de delincuencia organizada transnacional.

Con esta misma base jurídica del CUE/2000 resulta posible la constitución de EECCII con Estados de fuera de la Unión. Es el caso de Noruega e Islandia, países a los que son aplicables algunas de las disposiciones del CUE/2000, y específicamente la relativa a EECCII, en virtud del acuerdo suscrito entre ellos y la Unión Europea en fecha 19 de diciembre de 2003²⁰¹.

Por otra parte, la celebración de acuerdos entre la UE y terceros Estados permite extender a los Estados miembros las disposiciones de éstos y, consecuentemente, que se puedan constituir EECCII entre los Estados que conforman la UE y los terceros con los que el convenio fue suscrito²⁰².

¹⁹⁸ Sobre los instrumentos jurídicos del tercer pilar profundizaremos en el capítulo V de esta investigación.

¹⁹⁹ DOUE L 162 de 20 de junio de 2002

²⁰⁰ Una de las mayores dificultades que conllevan las decisiones marco es conocer la legislación nacional de implementación de dichas normas, que, a menudo, no vienen recopiladas en lugar alguno accesible para el operador jurídico. Ahora bien, en relación con los EECCII, el manual elaborado por Eurojust y Europol (Documento 13598/09 de 23 de septiembre) incluye en su anexo I un listado con las transposiciones nacionales de la normativa europea de equipos conjuntos. Las fichas españolas, a las que haremos referencia más adelante, añaden detalles sobre el contenido concreto de esta legislación.

²⁰¹ DOUE L 26 de 29 de enero de 2004.

²⁰² La Decisión 2009/127/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, para luchar contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal que afecte a sus intereses financieros (DOUE L 46 de 17 de febrero de 2009) se refiere también a la cooperación judicial penal y permite la constitución de EECCII en su artículo 22. España es Parte en este acuerdo pero no ha entrado todavía en vigor en nuestro país, motivo por el cual no es objeto de estudio específico.

Ejemplo de esto es el Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, celebrado en Washington el 25 de junio de 2003 al que hicimos referencia en el capítulo anterior. Exige dicho acuerdo que todos los Estados miembros intercambien instrumentos escritos sobre la forma de aplicación de las disposiciones contenidas en el acuerdo a los tratados bilaterales vigentes en el momento de su entrada en vigor. Este intercambio ya ha sido verificado por todos los Estados miembros. Concretamente en el caso de España el artículo 16 ter del nuevo convenio bilateral regula esta técnica. Lo hace, en lo fundamental, de manera coincidente con la regulación de la UE. Así, se basa en un acuerdo expreso entre Estados, hay comunicación directa entre los responsables de las respectivas investigaciones y los miembros del equipo pueden solicitar la práctica de diligencias de investigación útiles para el otro Estado que conforma el equipo sin necesidad de cursar una solicitud de asistencia judicial. De esas características nos interesa destacar que, aun tratándose de un Estado con el que la comunicación para la asistencia judicial debe hacerse a través de autoridades centrales, en lo que a los EECCII se refiere se consagra una excepción, permitiendo la comunicación directa. Es lógico que así sea, pues desde luego se restaría toda posible operatividad al equipo si la comunicación debe hacerse al modo tradicional.

En España la DMEECCII fue implementada por la Ley 11/2003 de 21 de mayo, sobre equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea (en adelante Ley 11/2003) regulándose en la Ley Orgánica 3/2003 el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España²⁰³. Son numerosos los problemas que plantea esta normativa, como intentaremos detallar en los próximos epígrafes, pero, adelantado los generales, vayamos apuntando los siguientes:

- Regula una técnica de investigación fuera de lo que entendemos sería su ubicación lógica: la LECrim²⁰⁴. Esto tiene una consecuencia directa, de notable gravedad, y es el hecho de que haya pasado desapercibida para una gran parte de los operadores jurídicos nacionales. Al margen de ámbitos muy específicos, como los delitos cuya instrucción corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, en el resto de la actividad judicial española los EECCII son una técnica prácticamente desconocida²⁰⁵. Esto se evidencia en la inexistencia de jurisprudencia que incida en esta figura y en el escasísimo reflejo que los equipos tienen en la actividad de los juzgados de instrucción de todo el territorio nacional. Por las estadísticas comprobamos que sólo últimamente está cambiando esta tendencia, pero de modo todavía incipiente.
- La Ley 11/2003 se refiere sólo a los EECCII constituidos con Estados miembros de la UE. Así lo explicita su título, cuando alude a equipos constituidos “en el ámbito de la UE”. La duda que arroja esta delimitación legal es si la Ley 11/2003 puede aplicarse por analogía a los EECCII constituidos fuera de la UE o si, por el

²⁰³ Ambas en BOE de 22 de mayo de 2003.

²⁰⁴ De esta misma opinión es gran parte de la doctrina, sugiriendo autores como MARTÍN DIZ la posibilidad de que estos equipos conjuntos se integraran en una futura, inaplazable y urgente Ley de Cooperación Penal Internacional, al respecto cfr. MARTÍN DIZ, F, “Los equipos conjuntos de investigación como técnica de cooperación procesal en la Unión Europea”, *Revista del Poder Judicial*, número 78, año 2005, pág. 137.

²⁰⁵ El Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ redactó en 2012 una guía con buenas prácticas y otras recomendaciones en relación con esta técnica de los EECCII a la vista de las dificultades que presentan para nuestras autoridades judiciales. Esta guía, como otras en materia de cooperación penal internacional, se someten a la aprobación de la Comisión Permanente y se distribuyen entre los integrantes de la jurisdicción penal. Periódicamente son actualizadas con ocasión de las novedades que se van produciendo.

contrario, la ausencia de ley interna hace inaplicable en España las previsiones de los convenios que permiten constituir los equipos con terceros Estados. Otra opción es entender que el equipo puede constituirse con base en el convenio de asistencia judicial de que se trate pero sin que deba luego someterse a los requisitos de constitución, funcionamiento y régimen jurídico de la Ley 11/2003, opción que por otra parte deja a estos EECCII con terceros Estados en una absoluta indeterminación legal en aspectos cruciales para su efectiva operatividad. De entre estas alternativas nos inclinamos por la aplicación por analogía de la Ley 11/2003 al considerar que, si bien los convenios son directamente aplicables sin necesidad de desarrollo legislativo, es una realidad innegable que su aplicación en la práctica resulta difícil de articular si no existe una normativa interna que desarrolle las previsiones generales previstas en la norma de carácter convencional. Por otra parte, aplicar por analogía la Ley 11/2003 es la opción más garantista, que permite dotar a esta técnica de investigación de cierta seguridad jurídica en todos sus aspectos, desde su constitución hasta su funcionamiento. No obstante, entendemos que es algo discutible que puede dar lugar a no pocos problemas en la práctica.

El CGPJ viene reiteradamente destacando la necesidad de contar en nuestro ordenamiento jurídico con una nueva regulación legal de los EECCII. Se ha expuesto así en informes de Pleno con ocasión de la iniciativa legislativa del Ejecutivo en otras áreas, como el informe del CGPJ sobre el anteproyecto regulador del estatuto del miembro nacional de España en Eurojust (la actual Ley 16/2015) informe al que nos referiremos más adelante. Pero incluso yendo más allá, la Comisión Permanente del CGPJ en su reunión de fecha 11 de noviembre de 2014, acuerdo 4.1, aprobó la remisión al Ministerio de Justicia de un documento de trabajo que sirviera como punto de partida para analizar si procedía una reforma legislativa en materia de EECCII en España. El documento de trabajo, en forma de texto articulado, había sido elaborado por los representantes de la carrera judicial en la red EECCII, de la que hablaremos a continuación, y pretendía dar respuesta a los problemas más frecuentes encontrados en la práctica en nuestro país con ocasión de la constitución, funcionamiento, cese y evaluación del equipo.

A la vista de esta variada situación normativa, abordaremos el estudio de los EECCII partiendo de la regulación europea -concretamente del art. 13 CUE/2000- y de la española -que, como hemos visto, se aplica únicamente a los equipos constituidos con otros Estados miembros- sin perjuicio de hacer alguna observación en relación con la regulación específica de esta materia en los convenios de ámbito no europeo.

3. RED EUROPEA DE EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

Antes de profundizar en el estudio de los EECCII es imprescindible hacer referencia al mecanismo facilitador de esta técnica de investigación con que se ha dotado la UE: la Red Europea de Equipos conjuntos de investigación penal (en adelante R/EECCII). El Consejo de la UE la creó a mediados de 2005²⁰⁶ con la finalidad de potenciar la utilización de esta técnica, considerada fundamental para luchar más eficazmente contra el crimen organizado. La previsión de que la R/EECCII cuente con una Secretaría es, sin embargo, mucho más tardía. Se prevé en la Decisión 2009/426/JAI, por la que se refuerza Eurojust²⁰⁷, integrando la Secretaría dentro del personal de este órgano, constituyéndose efectivamente la misma a finales de 2010.

²⁰⁶ Documento 11037/05 de 8 de julio de 2005.

²⁰⁷ DOUE L 138 de 4 de junio de 2009.

La R/EECCII está formada por expertos nacionales que se reúnen periódicamente en sesiones plenarias para debatir los problemas surgidos en relación con los equipos conjuntos, intentando optimizar su rendimiento. Los documentos que recogen las conclusiones extraídas de estas reuniones – a los que haremos frecuente referencia en los próximos epígrafes – revisten una especial importancia para la dinamización y mejora del funcionamiento de esta técnica especial de investigación²⁰⁸. Es destacable, además, que es la primera red que se constituye no sobre la base de una materia concreta (como la cooperación judicial penal europea) ni pivotando exclusivamente sobre un ámbito geográfico (el iberoamericano, por ejemplo, como IberRed) ni sobre un tipo de delito específico (como el genocidio), sino sobre la base de una concreta técnica de investigación, los EECCII.

Además de la información contenida en las conclusiones de sus reuniones, de la R/EECCII son importantes los proyectos que viene desarrollando, específicamente los siguientes:

a) “Fichas españolas”: de manera similar a las llamadas “fichas belgas” de la Red Judicial Europea²⁰⁹, que permiten contar con una síntesis de la legislación de los diferentes Estados miembros en relación con la normativa procesal propia para practicar diligencias de investigación durante la instrucción penal, las “fichas españolas” sintetizan cómo se constituye un equipo y cómo funciona de conformidad con la legislación interna de cada Estado, que puede establecer importantes peculiaridades en comparación con la legislación europea, dado que esta última se limita a fijar un marco general.

Debe su nombre de “fichas españolas” a que este proyecto fue iniciativa de los puntos de contacto españoles de la carrera judicial en la R/EECCII. En la actualidad están disponibles en la página web de la red, en acceso restringido para los puntos de contacto, las “fichas españolas” de España (que, por las razones expuestas, fue la primera en publicarse), Suecia, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Estonia, Francia, Lituania, Países Bajos, Rumanía y Eslovaquia. Las de los demás países están en vías de elaboración y previsiblemente se contará con todas ellas a mediados de 2016.

Las “fichas españolas” se estructuran en los siguientes apartados: I. Información general (donde se especifica la normativa interna reguladora de los EECCII y los convenios bilaterales o multilaterales que permiten su constitución con terceros Estados); II. Autoridades competentes para constituir el equipo; III. Autoridades competentes para ser jefes del equipo; IV. Intercambio de información y prueba dentro del ECI; V. Participación de miembros destinados en medidas de investigación; VI. Admisibilidad de la prueba obtenida en el equipo; VII. Otra información relevante.

²⁰⁸ Hasta el momento de redacción de estas páginas la R/EECCII ha celebrado las siguientes reuniones: La primera tuvo lugar el 23 de noviembre de 2005 (Documento 15227/2005 de 2 de diciembre de 2005), la segunda el 10 de noviembre de 2006 (Documento 15023/06 de 21 de noviembre de 2006), la tercera el 29 y 30 de noviembre de 2007 (Documento 5526/08 de 22 de enero de 2008), la cuarta el 15 y 16 de diciembre de 2008 (Documento 17512/08 de 19 de diciembre de 2008), la quinta el 30 noviembre y 1 de diciembre de 2009 (Documento 17161/09 de 11 de diciembre de 2009), la sexta el 2 y 3 de diciembre de 2010 (Documento 7519/11 de 20 de junio de 2011), la séptima el 26 y 27 de octubre de 2011 (Documento 8725/12 de 13 de abril de 2012), la octava el 18 y 19 de octubre de 2012 (Documento 7241/13 de 7 de marzo de 2013), la novena el 27 y 28 de junio de 2013 (Documento 7259/14 de 4 de marzo de 2014), la décima el 25 y 26 de junio de 2014 (Documento 17115/14 de 19 de diciembre de 2014) y la última en junio 2015. De entre sus propuestas destaca la necesidad de reformar el modelo de constitución de los EECCII, como efectivamente se hizo en 2010 bajo la Presidencia española de la UE.

²⁰⁹ Las “fichas belgas”, así como la propia Red Judicial Europea, serán tratadas en el capítulo III.

Por ilustrarlo con un ejemplo, aunque suponga hacer referencia a conceptos como el acuerdo de constitución o el plan de acción operativo que veremos en las próximas páginas, resumiremos a continuación el contenido de la “ficha española” de Bélgica, pues nos parece ilustrativo de lo útil que es disponer de esta cuando las autoridades judiciales españolas planifiquen la constitución de un ECI con ese país. La “ficha española” de Bélgica concreta que la norma belga reguladora de esta técnica de investigación es el artículo 7 de la Ley de 21 de junio de 2004 sobre Eurojust y los artículos 8 a 13 de la Ley de 9 de diciembre de 2004 sobre asistencia judicial mutua en materia penal. Autoridades competentes para constituir un ECI en Bélgica serán el fiscal o el juez de instrucción, según quien esté a cargo de la investigación; también en función de esto será jefe del equipo el juez o el fiscal. En el caso de que el juez de instrucción sea el jefe del equipo el fiscal actuará como miembro. El miembro nacional de Bélgica en Eurojust sólo puede participar como representante de Eurojust y no como autoridad nacional. Condición para constituir un ECI es que se reciba una comisión rogatoria con este propósito, salvo que ya haya una investigación abierta por los mismos hechos en Bélgica, en cuyo caso la rogatoria no será necesaria. No se circunscribe la constitución del ECI a una determinada categoría de delitos, si bien se prevé en general que se acuda a esta técnica cuando se trate de delincuencia organizada. En cuanto al intercambio de información y prueba, la regla general en Bélgica es que pueda compartirse toda, pero con alguna excepción relativa a que se trate de técnicas especiales de investigación – como confidentes –, información sobre testigos protegidos, información que afecte al secreto profesional o información clasificada. El acuerdo de constitución forma parte del procedimiento y por tanto es accesible a las partes; no lo es, sin embargo, el plan de acción operativo, que se considera un documento de carácter policial que debe permanecer confidencial al que no puede hacerse ni siquiera referencia en el acuerdo de constitución del ECI con Bélgica. Los miembros destinados actuarán como policía judicial en Bélgica pero siempre acompañados y bajo la dirección de un representante de la policía judicial belga. El jefe del ECI puede decidir que en determinadas medidas no estén presentes los miembros destinados. En cuanto a la admisibilidad de la prueba obtenida por el ECI, de conformidad con la legislación belga la prueba obtenida en otro Estado no puede ser utilizada en Bélgica aunque se haya obtenido en el seno de un ECI si se ha vulnerado la legislación interna de ese Estado con una infracción que conlleva su nulidad o merma la fiabilidad de la prueba; tampoco si utilizar la prueba infringe las reglas del juicio justo. En el apartado de la información relevante se menciona la existencia en la fiscalía de un registro centralizado de los equipos constituidos así como de un manual interno. También se señala que las evaluaciones son promovidas pero no son obligatorias.

b) Evaluación de los EECCII finalizados: otro de los proyectos de la R/EECCII consiste en consensuar un modelo común que permita evaluar los equipos ya finalizados, de modo que la secretaría pueda extraer conclusiones sobre su funcionamiento. Sobre la plantilla para realizar esta evaluación incidiremos en el último de los epígrafes de este capítulo. Baste ahora apuntar que la necesidad de evaluar los equipos conjuntos surge de la constatación de que se invierte una importante cantidad de dinero de la UE en su constitución y funcionamiento y, sin embargo, no hay constancia fehaciente en muchos casos de si se lograron los objetivos pretendidos. Con el proceso de evaluación se pretende detectar aquellos aspectos que constituyeron una buena práctica y aquellos otros que dificultaron notablemente la actuación del ECI, de modo que las conclusiones pueden servir de provecho a ulteriores casos en los que las autoridades judiciales europeas decidan acudir a esta técnica.

c) Desde julio de 2013 uno de los cometidos esenciales de la R/EECCII es gestionar la financiación de los equipos que se constituyan con participación de Eurojust. Esta, por prosaica que parezca, es una de las mayores utilidades que arroja el hecho de acudir a esta técnica especial de investigación. Los equipos pueden suponer el desplazamiento de agentes de la autoridad de un Estado a otro, un importante volumen de traducción de

documentos o la necesidad de sufragar gastos tales como los dispositivos técnicos que permiten realizar vigilancias transfronterizas por balizamiento, por citar sólo algún ejemplo. El hecho de que la UE dote de un presupuesto específico que permita a los Estados miembros recabar financiación para luchar por esta vía contra las formas más graves de delincuencia es, sin duda, uno de los alicientes de la constitución de EECCII²¹⁰.

La vertiente nacional de esta R/EECCII ha sido objeto de tratamiento en la Ley 16/2015 de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior²¹¹ (en adelante Ley 16/2015). Los puntos de contacto españoles de la R/EECCII son representantes de la carrera judicial, fiscal, del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Interior. La Ley 16/2015 les atribuye el papel de intermediarios activos de la cooperación en su respectiva área, fijando también la obligación de llevar una estadística actualizada, que estará bajo la responsabilidad del coordinador nacional de la red (art. 33-36 Ley 16/2015).

4. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL EQUIPO

No hay en la normativa europea ni en la española una restricción de esta técnica a la investigación de un concreto tipo de delitos. Es decir, no proporciona la norma una lista cerrada de tipos penales o la necesidad de que el delito investigado supere un determinado umbral de pena que justifique que en dichos casos se constituya el ECI. Ni siquiera se menciona que deba tratarse de delincuencia organizada. Consecuentemente, la autoridad judicial que decida constituir un ECI parte de una total indeterminación legal en relación con la proporcionalidad de esta técnica. Por su propia razón de ser parece lógico pensar que se constituyen EECCII ante las formas graves de delincuencia, pero es algo que bien hubiera podido precisarse por el legislador europeo o nacional. A título orientativo en los considerandos de la DM/EECCII se alude a tres formas graves de criminalidad que hacen especialmente aconsejable acudir a esta técnica: el tráfico de drogas, el tráfico de seres humanos y el terrorismo. A éste último delito se refiere también la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003, que destaca la utilidad de esta técnica en la lucha contra la delincuencia organizada con carácter general y con especial énfasis en la lucha contra el terrorismo. En el mismo sentido, el artículo 4.2 Ley 11/2003 exige que en la constitución de EECCII la autoridad española otorgue preferencia en todos los casos a las investigaciones relacionadas con delitos de terrorismo. Estas menciones a la delincuencia organizada en general y al terrorismo en particular consideramos que deben servir de criterio interpretativo para que la autoridad judicial nacional pondere si procede o no la constitución del ECI.

Tampoco se requiere la existencia de procesos penales ya en trámite en varios Estados para posibilitar que se constituya el equipo. El ECI se puede constituir cuando sólo un Estado miembro esté instruyendo una causa penal, siempre y cuando la misma revista especial complejidad, implique la movilización de importantes medios y afecte a varios Estados, como expresamente recoge el CUE/2000. En este caso, por tanto, la

²¹⁰ En la 10ª reunión de la R/EECCII se explicó con detalle las características del programa de financiación para EECCII. El presupuesto anual para 2014 fue de 650.000 euros y se adjudicó a diferentes equipos a través de ocho periodos en los que se ofertaron subvenciones, lo que implica que cada 45 días se abre una nueva posibilidad para solicitar financiación.

²¹¹ BOE de 8 de julio de 2015. Esta ley será tratada en extenso en el próximo capítulo.

connotación internacional viene dada por la *afectación* o los *vínculos* con otros Estados miembros. Cabe que nos preguntemos qué debemos entender por esta expresión, que no viene desarrollada en el informe explicativo del Consejo sobre este convenio. Somos de la opinión de que debe hacerse una interpretación amplia, interpretación que en definitiva facilite la constitución de los equipos conjuntos, y que creemos, en todo caso, debe abarcar los siguientes supuestos:

a) Los casos en los que se prevea que la organización delictiva trasladará su actividad, o el resultado de la misma, a otro Estado miembro.

Por ejemplo, hay indicios de que se está preparando un alijo de drogas en un Estado -el que conoce de la investigación penal- para su distribución en otro. O bien, que consumado el tráfico de estupefacientes en un Estado, el beneficio obtenido será objeto de blanqueo de capitales en otro Estado. En ambos supuestos, el traslado de la actividad delictiva o del resultado de la misma creemos que justifica la creación de un ECI en ambos Estados.

b) Cuando los integrantes de la organización sean nacionales de otro Estado miembro.

En este caso, recordando el carácter instrumental del ECI, pudiera ser de utilidad acudir a mecanismos especiales de investigación - como el agente encubierto- y puede resultar aconsejable hacerlo a través del ECI (de modo que el agente extranjero, que comparte nacionalidad con los investigados, se infiltre en la organización delictiva como encubierto, prestándole el resto de los integrantes del equipo el apoyo logístico necesario, facilitando la transmisión de la información y la gestión de las correspondientes autorizaciones para su actividad encubierta).

c) Cuando la prueba que se pretende recabar para el proceso penal se encuentre en otro Estado y, por tanto, sea previsible que deberá acudirse a multitud de comisiones rogatorias para culminar la fase de investigación.

Imaginemos un delito de estafa cometido en un Estado en el que, a través de una oficina telefónica, se persuade a las víctimas, normalmente nacionales y residentes de otro Estado, para que inviertan importantes cantidades de dinero en un producto bursátil que realmente no existe. Es en el Estado donde se ubica la oficina telefónica donde se lleva a cabo la instrucción penal, pero será necesario multitud de rogatorias al otro Estado para el seguimiento de las cuentas que recibieron el dinero trasferido por éstas. En este supuesto quizás un ECI facilitará esta labor y la coordinación de toda la investigación.

Al hilo de este último caso, entendemos que es perfectamente ajustado a derecho que en el seno de la ejecución de una comisión rogatoria recibida en España el juez de instrucción encargado de su ejecución acepte constituir un ECI si considera que esta técnica puede simplificar la ejecución del resto de las diligencias interesadas en la solicitud de asistencia recibida.

d) Con todo, el supuesto más habitual es aquél que menciona también el CUE/2000 y que consiste en que varios Estados están desarrollando simultáneamente una investigación penal, resultando imprescindible la coordinación entre sus autoridades para una mayor eficacia de los procesos penales que se encuentran en curso en todos los Estados implicados. La R/EECCII ha enfatizado la conveniencia de que ambas investigaciones estén en similar momento procesal y, a ser posible, en su fase inicial, pues dándose estas condiciones la operatividad del equipo se verá sin duda

fortalecida²¹². Es algo, sin embargo, sobre lo que la ley española guarda silencio, de modo que no facilita tampoco criterios en este punto a la autoridad judicial española que debe valorar la conveniencia o no de constituir un ECI. Si por lo avanzado de la investigación hacerlo supusiera un retraso en la finalización de la instrucción es claro que sería conveniente no constituirlo, pero la decisión estaría basada en la lógica y en principios generales de economía procesal, no en ningún precepto de la Ley 11/2003 que lo prohiba.

La multiplicidad de delitos objeto de investigación -y/o la multitud de Estados miembros con procesos de investigación en curso- complica notablemente las posibilidades reales de una gestión eficaz del equipo conjunto. No cabe duda de que desde una perspectiva jurídica es perfectamente viable un ECI formado por muchos Estados miembros e investigando un amplio elenco de infracciones penales, pero en el estado actual de desarrollo práctico de esta técnica parece poco viable que un equipo de tales características diera resultados fructíferos para los Estados miembros. De nuevo hay que acudir a la experiencia de los expertos nacionales, que destacan el éxito de equipos bilaterales y aportan una solución para los multilaterales que presenten especial complejidad: puede crearse un equipo conjunto neurálgico o central para la investigación de los principales hechos delictivos y coordinar, a través del equipo, pero acudiendo a los mecanismos tradicionales de asistencia judicial, las solicitudes de cooperación que se refieran a otros delitos y afecten a otros Estados²¹³.

Sería, por ejemplo, el supuesto de una red de tráfico de seres humanos que, instalada en Francia, trafica con mujeres de nacionalidad rumana. El producto del delito es blanqueado en Reino Unido, España e Italia. En este caso el equipo conjunto se constituiría entre Francia y Rumanía, pero se coordinaría desde el ECI la emisión de comisiones rogatorias para investigar el blanqueo en el resto de los Estados implicados, de modo que la ejecución de una única rogatoria pudiera utilizarse en los diferentes procesos penales -rumano y francés -en los que se ha constituido el equipo.

Esto puede ser especialmente importante si uno de los Estados que conforma el ECI tiene vigentes en su ordenamiento jurídico mecanismos de asistencia convencional con terceros Estados de los que los demás Estados que integran el ECI carecen, pues sin duda respecto de ellos esa autoridad judicial está en mejores condiciones para obtener prueba que el resto de los Estados que conforman el equipo.

Ilustrándolo con un ejemplo: en un ECI constituido entre Suecia, Dinamarca y España puede ser necesario practicar una determinada diligencia de investigación en Paraguay. Sin duda, el hecho de que España tenga un convenio bilateral de asistencia judicial con ese Estado y que no haya necesidad de acudir a traducciones para la emisión de la rogatoria hace especialmente idóneo que sea la autoridad judicial española la que recabe esta prueba de las autoridades paraguayas.

Ahora bien, es preciso que la rogatoria emitida en estas condiciones advierta expresamente que la prueba obtenida será puesta a disposición de las autoridades que conforman el ECI, cuestión a la que podrá acceder la parte requerida o podrá no hacerlo, haciendo inevitable en este último caso que se emitan diferentes rogatorias por las distintas autoridades nacionales.

²¹² Así se recoge, por ejemplo, en las conclusiones alcanzadas en 3ª reunión, celebrada en 2007.

²¹³ Conclusiones de la 4ª reunión de la R/EECCII, celebrada en 2008.

5. CONSTITUCIÓN DEL EQUIPO

5.1 *Solicitud de constitución*

El proceso para la constitución de un ECI comienza con una solicitud inicial, que puede provenir de un Estado o de una institución europea:

-Si es un Estado miembro el que lleva la iniciativa, nos encontramos, de nuevo, con la dificultad de la multiplicidad de legislaciones nacionales. Algunas requieren que se curse una comisión rogatoria expresa con la solicitud para la constitución del equipo y en otros tal solicitud formal es innecesaria²¹⁴. Como mencionamos, esta información está disponible en las “fichas españolas” de los diferentes países, de modo que siempre puede ser facilitada por los puntos de contacto nacionales de la R/EECCII.

-La solicitud puede provenir también de Eurojust o de Europol, aunque con diferencias entre una y otra institución. Antes de pormenorizarlas haremos una observación previa: analizando las estadísticas judiciales españolas sobre EECCII se aprecia una notable intervención de Eurojust incluso en equipos constituidos con carácter bilateral, con intervención únicamente de dos Estados miembros. Sin perjuicio de reconocer la competencia de este órgano de la UE también en estos casos, consideramos que este dato debe suscitar la reflexión sobre si Eurojust no se utiliza más allá de los supuestos que justificaron su creación. Dicho de otro modo, un ECI bilateral entre Estados con fluida relación de cooperación internacional penal entre sí (como puede ser el caso hispano-luso o hispano-francés) puede (y nos atrevemos a decir que debe) ser constituido sin necesidad de que intervenga Eurojust y sin perjuicio de utilizar otros recursos, como la propia R/EECCII, si resultara necesaria cierta intermediación de expertos para su puesta en funcionamiento. En esta línea se está avanzando hoy día en la práctica de nuestros tribunales, donde, sin perjuicio de notificar la constitución del ECI a Eurojust, como obliga la legislación vigente, las autoridades judiciales españolas se relacionan directamente con las autoridades de otros Estados miembros incluso en aspectos de cierta complejidad, como puede ser la constitución de un ECI.

Eurojust tiene competencia, tanto actuando como Colegio como a través de sus miembros nacionales, para solicitar de la autoridad nacional competente que constituya un ECI²¹⁵. Es lógico que tal posibilidad le esté otorgada a Eurojust, toda vez que desde su privilegiada posición de coordinación de investigaciones europeas transfronterizas puede detectar la necesidad de acudir a esta técnica y desde su experiencia previa puede estar en óptimas condiciones para dilucidar cuándo un equipo conjunto puede aportar buenos resultados para las investigaciones nacionales. Conviene tener presente, no obstante, que desde el momento en que se trata de una mera solicitud y que toda la normativa de los EECCII hace descansar la constitución del equipo sobre el consenso, Eurojust no puede imponer la creación del ECI. De ahí que la normativa contemple únicamente que si la autoridad nacional competente decide no atender la solicitud deba tan sólo, en debido tiempo, ponerlo en conocimiento de Eurojust explicitando los

²¹⁴ Así se pone de manifiesto en las conclusiones de los expertos nacionales. En las conclusiones de la 3ª reunión (días 29-30 noviembre de 2007) se señala que en la mayoría de los Estados miembros se requiere una comisión rogatoria formal, mientras que en el Reino Unido no hay posibilidad de cursar una rogatoria en tal sentido y no hay necesidad de ella en otros Estados, como España o Francia.

²¹⁵ Más ampliamente sobre el papel de Eurojust cuando está implementada la nueva Decisión en cfr. LOPES DA MOTA, J.L., “Eurojust and its role in Joint Investigation Teams”, en *Evidence Gathering and Joint Investigation Teams*, Revista Eucrim, 3/2009, pág. 88-90.

motivos en que funda su denegación²¹⁶.

El artículo 22 de la Ley 16/2015 ha fijado en 10 días el plazo del que dispondrá la autoridad judicial española para facilitar la respuesta motivada, plazo que nos parece adecuado a la vista de la necesidad de combinar el posible carácter urgente de la actuación y la conveniencia de valorar debidamente, incluso con el asesoramiento de los expertos de la R/EECCII, si conviene o no acudir a esta técnica.

En relación con Europol, una de sus funciones principales es cursar a la autoridad nacional competente la solicitud para la creación de un ECI de carácter policial. Ahora bien, en este caso la autoridad nacional no está obligada a transmitir razonadamente la negativa a atender esta solicitud, pudiendo por tanto negarse sin explicitar los motivos.

Cualquiera que sea la procedencia de la iniciativa, antes de tomar la decisión de iniciar el procedimiento para la constitución del ECI es necesario un intercambio de información (es lo que ha venido a denominarse la fase pre-operativa²¹⁷). Este intercambio puede articularse a través de cualquiera de los dos órganos mencionados, Eurojust o Europol, pero también a través de reuniones con intervención de los puntos de contacto de la R/EECCII (que tiene la ventaja de que no es necesario desplazar a todas las autoridades a La Haya, sede de Eurojust y de Europol, pudiéndose hacer directamente en la sede del órgano judicial de alguna de las autoridades judiciales implicadas, reduciendo con ello tiempo y costes derivados del desplazamiento).

En cuanto a los requisitos de la solicitud, por exigirlo así expresamente el artículo 13 CUE/2000 debe contener unas menciones específicas, concretamente las recogidas en el artículo 14 del CCE/1959. Junto a ello, debe hacerse una propuesta sobre la composición del equipo. La Ley 11/2003, sin embargo, no regula cómo debe solicitarse la constitución del ECI por parte de la autoridad judicial española. No queda claro, en consecuencia, si en todo caso es precisa la emisión de una comisión rogatoria ni qué información o formalidades debe satisfacer ésta. Es cierto que el artículo 5 Ley 11/2003 regula el contenido del acuerdo de constitución, pero esto no nos debe llevar a confusión porque el acuerdo de constitución implica, por definición, que las autoridades judiciales involucradas han estado ya en contacto y han alcanzado consenso sobre la necesidad de constituir el ECI. El momento al que nos estamos refiriendo ahora es un momento previo, el de los primeros contactos. Somos de la opinión de que, ante la falta de exigencia expresa de comisión rogatoria formal, cuando la autoridad judicial española interese de una autoridad de otro Estado miembro la constitución de un ECI, ya sea en el seno de una reunión en Eurojust, en Europol o en una reunión con intervención de los puntos de contacto de la R/EECCII, lo clave es que se satisfagan los requisitos del CUE/2000, esto es, que se incluyan las disposiciones pertinentes del artículo 14 CCE/1959 y además una propuesta de composición del ECI (aunque en esta fase inicial pase sólo por indicar el cuerpo policial actuante en las diligencias nacionales).

Ahora bien, el tenor literal del artículo 14 del CCE/1959 exige ser adaptado al hecho específico de que la solicitud pretenda la constitución del equipo y por tanto es

²¹⁶ Artículo 8 en la redacción dada por la Decisión 2009/426 de Eurojust.

²¹⁷ Cfr. DE WREE, E., "Law enforcement information exchange in the pre-operational phase of a J.I.T" en *Joint investigation teams in the European Union. From Theory to Practice*, RIJKEN/VERMEULEN, The Hague, 2006, pág 53-84.

necesario cierto esfuerzo interpretativo (como se desprende del hecho de que el artículo 13 CUE/2000 haga referencia en este punto a “las disposiciones específicas” del artículo 14 CCE/1959). En este sentido no cabe duda de que habrá que mencionar la autoridad que formula la solicitud y el objeto y motivo de la misma. Sobre la exigencia de mencionar el nombre de la persona de que se trate, debemos entender que debe concretarse, en la medida en que sea conocida, la identidad de los investigados en el proceso penal que justifica la creación del ECI. El destinatario de la solicitud plantea también problemas, pues cabe que se refiera a la autoridad competente encargada de la investigación en el otro Estado miembro o entender que el destinatario, para este supuesto específico de la solicitud de constitución de un ECI, debería ser el encargado de autorizar su constitución. Por último, la remisión al artículo 14 CCE/1959, sin distinción de epígrafes, permite concluir que deben satisfacerse las menciones contenidas en todos ellos y por tanto que debe incluirse un resumen de los hechos y de la imputación. Ciertamente de otro modo difícilmente podría la autoridad destinataria decidir debidamente sobre si accede o no a la constitución del equipo.

La exigencia de que se formule una propuesta sobre la composición del equipo, como adelantábamos, consideramos que debe ser interpretada de manera muy amplia, con mención genérica a los futuros componentes, pues mayor especificación en esta fase de mera solicitud parece utópica. Sobre este particular, y desde la perspectiva española, sí debemos hacer una concreta precisión. La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²¹⁸ señala en su artículo 10 que corresponde al Ministro del Interior la administración general de la seguridad ciudadana y el mando superior de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como la responsabilidad de las relaciones de colaboración y auxilio con las autoridades policiales de otros países, conforme a lo establecido en tratados y acuerdos Internacionales. Por su parte, el artículo 42 estipula que los cuerpos de policía de las comunidades autónomas sólo podrán actuar en el ámbito territorial de la comunidad autónoma respectiva, salvo situaciones de emergencia, previo requerimiento de las autoridades estatales, motivo por el cual no tiene amparo legal que sean cuerpos policiales autonómicos los que se propongan para la constitución del ECI. Por otra parte, es una realidad innegable que en determinadas comunidades autónomas estos cuerpos policiales desarrollan las funciones de Policía Judicial y son responsables de gran número de investigaciones que, cada vez más frecuentemente, tienen implicaciones transfronterizas. Abogamos en este punto porque la composición del ECI por parte española integre en todo caso a Policía Nacional o a Guardia Civil junto con la correspondiente fuerza policial autonómica, que, consecuentemente, deberá actuar conjuntamente con los cuerpos estatales en lo que a cooperación internacional con policías de otros Estados se refiere, sin que sus representantes puedan actuar como miembros destinados, al no poder desarrollar actividades fuera de la comunidad autónoma.

Para acabar con lo que a solicitud del ECI se refiere, consideramos que sería de gran utilidad que, bien en la R/EECCII o bien a través de una recomendación del Consejo de la UE, se preestablecieran unos modelos de solicitud para constituir el ECI que pudieran servir como referencia a los operadores jurídicos de toda la Unión. Sin embargo, hoy día no existen tales modelos ni tampoco hay nada similar en el manual sobre EECCII aprobado en la UE²¹⁹.

²¹⁸ BOE de 14 de marzo de 1986.

²¹⁹ Documento 13598/2009 de 23 de septiembre de 2009.

5.2 Autorización para la constitución

Cursada la solicitud, en formal o informal cauce, en algunos Estados se requiere una autorización para la constitución del equipo y tal autorización no es necesaria en otros²²⁰. De nuevo nos encontramos, por tanto, con un elenco de opciones del legislador nacional que en muchos casos es desconocida por el operador práctico del otro Estado. Es más, somos de la opinión de que en muchas legislaciones nacionales, como la española, existe una auténtica confusión de concepto entre la autoridad llamada a autorizar la creación del equipo y la que debe constituirlo, creando una frontera difusa entre ambos procesos que hubiera sido deseable se distinguieran con total claridad.

La necesidad de autorización ministerial para la creación del equipo, o la constitución del mismo por responsables ministeriales es, quizás, uno de los aspectos más problemáticos de la creación del ECI, pues supone una clara reminiscencia de un pasado ya superado en la cooperación judicial europea, donde, como vimos, desde el CAAS/1990 la regla general es la cooperación basada en la relación directa entre autoridades judiciales, sin intervención del Ejecutivo. Implica además que la posibilidad de utilizar o no esta técnica de investigación, que puede ser tan útil para el proceso penal, se deja a criterio de responsables políticos, impidiendo que la decisión sea exclusivamente judicial, esto es, del responsable de la instrucción penal. Esta previsión arroja importantes dudas sobre su constitucionalidad. Por último, la necesidad de cumplimentación de unos trámites burocráticos en los Estados miembros donde se constituye el equipo entra en franca colisión con la necesidad de una respuesta ágil policial y judicial a nivel europeo ante el crimen organizado. Creemos que las legislaciones nacionales no deberían contemplar la necesidad de recabar autorización para constituir un ECI penal, al igual que ocurre con el resto de las técnicas investigadoras (agentes encubiertos, intervenciones telefónicas) por muy sofisticadas que éstas sean. En esta línea el CGPJ ha enfatizando en varias ocasiones la necesidad de residenciar únicamente en la autoridad judicial la constitución o no del equipo.

Así lo propugnaba el documento de trabajo para la reforma de la Ley 11/2003 que fue remitido por el CGPJ al Ministerio de Justicia en 2014, documento al que antes hicimos referencia. Para los equipos de carácter judicial se abogaba por que fuese el fiscal que dirigiera las diligencias preprocesales o el juez de instrucción durante la instrucción penal el que constituyese el ECI, sin necesidad de autorización ministerial de ningún tipo. Esta idea también se recoge en el informe aprobado por el Pleno del CGPJ con ocasión del anteproyecto regulador del estatuto del miembro nacional de España en Eurojust.

La cuestión de la autorización está íntimamente ligada – y confundida – con el consenso que sirve de base al nacimiento del ECI. Exponiendo por su sucesión en el tiempo la secuencia de acontecimientos que dan lugar a la constitución del equipo tenemos que partir de un consenso previo entre las autoridades judiciales responsables de la investigación penal. Son éstas las que, en una reunión (lo más probable) o telefónicamente o de otro modo (como con el cruce de respectivas comisiones rogatorias) se ponen de acuerdo en los aspectos fundamentales del funcionamiento del equipo, que plasman en un borrador de acuerdo de constitución. Cada autoridad de un Estado miembro redacta la parte que a su investigación se refiere, integrándola luego en

²²⁰ Sobre la autorización del Ministerio de Justicia requerida para constituir EECCII en Portugal cfr. ALVES COSTA, J.A., “Cooperación judicial entre Portugal y España. Los equipos conjuntos de investigación” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Granada, 2011, pág.212-215.

un único documento que, en el caso de que así lo requiera la legislación nacional, se somete a la debida autorización ministerial. Por tanto, no son los ministerios los que concretan los detalles del acuerdo de constitución; este proceso tiene lugar entre las propias autoridades judiciales responsables de la investigación.

La Ley 11/2003 no exige que la decisión de acudir a esta técnica de ECI se adopte por auto motivado. Sin embargo parece aconsejable – imprescindible más bien - que así sea. En efecto, como cualquier otra diligencia de investigación tiene que ser adoptada en el procedimiento penal mediante una concreta resolución judicial. Y nos parece que, por su entidad, es conveniente que sea en un auto motivado. A nuestro juicio en el auto debería hacerse mención a la norma internacional que permita acudir a esta concreta técnica – que dependerá del Estado de que se trate, como hemos visto -; deberá pronunciarse sobre los aspectos específicos de funcionamiento del ECI que se plasmarán en el acuerdo y, finalmente, deberá aludir a la necesidad de recabar autorización ministerial. La lógica hace presumir que existirá secreto de actuaciones en esta fase procesal, pero ello no es óbice para que, una vez levantado el secreto, la defensa pueda recurrir la resolución que acuerde acudir a esta técnica de investigación. Si tal resolución no se dicta se está privando a la defensa de conocer las razones por las que el juez de instrucción entendió oportuno acudir a esta técnica y cuestionarla por vía de los recursos de reforma o apelación que procedan.

Presuponiendo que todos estos pasos han sido dados, corresponde ahora analizar si la legislación española exige, o en qué casos lo hace, que se cuente con autorización para la constitución del ECI. Lo hace, de manera ciertamente confusa, a propósito de la designación de la autoridad competente para la constitución del ECI. Concretamente el artículo 3 de la Ley 11/2003 establece que autoridad competente será:

- La Audiencia Nacional, cuando la investigación recaiga sobre los delitos cuyo enjuiciamiento corresponda a dicho órgano jurisdiccional y participen en el equipo miembros de la carrera judicial o fiscal.
- El Ministerio de Justicia, cuando la investigación recaiga sobre los delitos para cuyo enjuiciamiento no resulte competente la Audiencia Nacional y participen en el equipo miembros de las carreras judicial o fiscal.
- El Ministerio de Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad, en todos los supuestos en que no participen en el ECI miembros de las carreras judicial o fiscal.

Una de las principales dificultades es dilucidar a qué se refiere el texto legal cuando se menciona la “Audiencia Nacional”. Cabe entender que es la Sala de lo Penal de dicho órgano, cabe considerar que la referencia es al Presidente de la Audiencia Nacional, al Fiscal Jefe de la misma o a los Jueces Centrales de Instrucción o a los Fiscales que desempeñan sus cometidos en el ámbito de la Audiencia Nacional. La doctrina mayoritaria entiende que la referencia debe considerarse hecha a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional y ello en cuanto que el acuerdo de constitución no es una tarea propiamente jurisdiccional.²²¹ Otros autores, por el contrario, sostienen que la referencia

²²¹ Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., “Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2003, pág. 175; y cfr. VALLINES GARCÍA, E., *Los equipos conjuntos de investigación penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Colex, 2006, pág. 72-73.

a la Audiencia Nacional debe entenderse en todo caso hecha a la Sala de lo Penal²²² y hay quien opina que alude a los jueces centrales de instrucción y a la fiscalía²²³.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse la Secretaría General Técnica de la FGE con ocasión de la petición de informe al respecto realizada por la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional²²⁴. En el informe se enfatiza que el legislador español en lugar de optar por un sistema de cooperación horizontal directa ha preferido designar como autoridades competentes para la constitución del equipo tres *autoridades centrales*²²⁵, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y la Audiencia Nacional, calificando de especialmente desafortunadas la designación de estos dos últimos. En lo que respecta a la mención a la Audiencia Nacional entiende que lo que se está persiguiendo es una referencia centralizada para las autoridades de los Estados implicados en la formación del equipo, lo que conlleva la siguiente exclusión:

En primer lugar, de los jueces centrales de instrucción, que no son Audiencia Nacional, sin perjuicio de que instruyan las causas que ésta habrá de juzgar;

Tampoco la Sala de lo Penal (o su Presidente) puesto que la Audiencia Nacional, según el propio tenor literal del art. 63 LOPJ, no se identifica con ninguna Sala en particular sino con la suma de todas ellas o más bien de los magistrados que las componen;

Las funciones de la Sala de Gobierno vienen detalladas en el artículo 152 LOPJ, y su tenor literal no permite entender que dicha Sala tenga competencia en relación con los EECCII, que sería una función del ámbito jurisdiccional (no de gobierno) y con proyección exterior (no de gobierno interno).

Todo lo anterior conduce a entender que el competente es el Presidente de la Audiencia Nacional (presidente nato de todas sus Salas – art. 63.2 LOPJ – y de la Sala de Gobierno – art. 149.1 LOPJ –). Pero con matizaciones. Así, considera que el Ministerio Fiscal, órgano integrado en el Poder Judicial con personalidad jurídica propia y autonomía funcional y orgánica, es, en exclusiva, el órgano autónomamente habilitado, a través de la fiscalía de la Audiencia Nacional y de las fiscalías especiales antidroga y contra la corrupción, para formalizar EECCII en el seno de la Audiencia Nacional cuando a los mismos haya de incorporarse un miembro de la carrera fiscal. Por tanto, si en el equipo han de integrarse jueces y fiscales, la competencia sería conjuntamente del Presidente de la Audiencia Nacional y del Fiscal Jefe respectivo.

En la práctica, los EECCII constituidos en aquellas causas de cuya investigación conocen los Juzgados Centrales de Instrucción son autorizados por los magistrados que desempeñan sus funciones en estos órganos instructores y por el fiscal jefe respectivo si de diligencias de investigación se trata.

En el resto de los EECCII de carácter judicial, aquellos en los que por recaer la investigación fuera de las competencias de la Audiencia Nacional se instruyen fuera de este órgano, la autorización la concede el Director General de cooperación jurídica

²²² Cfr. MARTIN DIZ, F., “Los equipos conjuntos de investigación como técnica de cooperación procesal en la Unión Europea”, Revista del Poder Judicial, número 78, 2005, cit. pág. 110.

²²³ De esta opinión es PÉREZ GIL, J., “Equipos conjuntos de investigación penal”, en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, M, coord.), Barcelona, 2007, pág. 361.

²²⁴ La Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional acordó pedir este informe en su reunión de fecha 22 de marzo de 2010, evacuando informe la Fiscalía el 28 de julio de 2010.

²²⁵ En cursiva en el original.

internacional y relaciones con las confesiones del Ministerio de Justicia. Es digno de mención que esta autorización ha sido denegada recientemente en los siguientes supuestos:

a) Cuando en el acuerdo de constitución propuesto se consigna como responsables o jefes del ECI al juez de instrucción conjuntamente con el fiscal. Esta cuestión, conocida en la práctica forense como “coliderazgo”, ha motivado disparidad de criterios ministeriales, de modo que las resoluciones han sido denegatorias o no de la constitución en estos términos en función del Director General en el que recayese la decisión. Es quizás el ejemplo paradigmático de hasta qué punto puede la autoridad central ejercer según qué tipo de funciones en materia de cooperación penal internacional. Durante unos años se consideró que estando el procedimiento en fase de diligencias previas ante un Juzgado de Instrucción únicamente el juez podía asumir las funciones de responsable del equipo, exigiendo por tanto el Ministerio que sólo el juez de instrucción figurase en el acuerdo en tal condición. Recientemente sin embargo, sin explicitar las razones del cambio, se ha venido autorizando que también el fiscal asuma, junto con el juez de instrucción, la responsabilidad de liderar el ECI. Sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver más adelante.

b) Cuando el ECI viene operando con autorización judicial – concedida *motu proprio* por el juez de instrucción - y sólo meses después de su efectivo funcionamiento se solicita la autorización del Ministerio para que autorice, con efectos retroactivos, la constitución del equipo. En este caso el Ministerio ha entendido que la Ley 11/2003 no le atribuye la función de subsanar las deficiencias en que se haya podido incurrir y, consecuentemente, ha considerado que lo procedente es la constitución de un nuevo ECI en el que la autorización del Ministerio preceda a la efectiva puesta en funcionamiento del equipo.

c) Cuando el ECI fue autorizado por el Ministerio de Justicia en el seno de unas diligencias preprocesales de fiscalía, con el fiscal como responsable de la investigación y no se transforma al tiempo de presentar las diligencias ante el Juzgado de Instrucción. De este modo, el equipo sigue operando bajo la responsabilidad del fiscal, a pesar de que las diligencias de investigación se hayan remitido al juzgado de instrucción y el juez haya incoado las correspondientes diligencias previas. El Ministerio de Justicia entiende que tampoco cabe la subsanación a posteriori, meses después de incoadas las diligencias previas. Entiende por el contrario que era preciso constituir de nuevo el ECI al tratarse de un procedimiento distinto (diligencias previas en lugar de diligencias de investigación) y, consecuentemente, estar sometido a plazos, autoridades y reglas diferentes.

Estos problemas son significativos de la necesidad de contar con una nueva regulación en España de esta técnica de investigación que esclarezca debidamente qué pasos deben seguirse cuando las autoridades judiciales acuerdan constituir un ECI. Aunque la casuística expuesta es ya suficientemente significativa - y preocupante- no es difícil imaginar otros supuestos en los que pueden plantearse problemas similares.

Estamos pensando, por ejemplo, en el caso en el que el ECI se constituya en un Juzgado Central de Instrucción, con autorización por tanto del titular de éste órgano judicial y, vigente el ECI, se inhiba la causa a otro juzgado, concretamente a un Juzgado de Instrucción. Parece imprescindible entender que será entonces necesario recabar la autorización del Ministerio de Justicia para que el equipo pueda seguir

operando con normalidad, pues lo contrario sería un claro fraude de ley. No obstante, es probable que esta circunstancia pase desapercibida y pueda dar lugar a problemas posteriores.

Otra cuestión huérfana de regulación en nuestra actual legislación nacional sobre EECCII es si el acuerdo de constitución del equipo debe ser o no unido a autos. A nuestro juicio debe formar parte del expediente judicial, pues no deja de ser un documento necesario para las actuaciones por ser imprescindible su existencia para la constitución del ECI. Llamamos la atención sobre que la publicidad del acuerdo - también para la defensa una vez alzado el secreto sumarial - es una cuestión que es necesario que conozcan desde el principio las autoridades de los demás Estados miembros en el equipo, de modo que no introduzcan en el documento aquellos datos que puedan tener una incidencia negativa en sus respectivas investigaciones nacionales cuando el secreto de la causa española se alce.

Consecuentemente con lo expuesto, por su carácter necesario de conformidad con la Ley 11/2003, entendemos que la autorización ministerial deberá ser también unida al procedimiento judicial, si bien también sobre este extremo guarda silencio la ley.

En lo que concierne a los EECCII dentro de la UE, terminaremos apuntando que la constitución del ECI genera un deber de información. Concretamente, la normativa europea reguladora de Eurojust obliga a los Estados miembros a articular los mecanismos necesarios para que los respectivos miembros nacionales sean informados cuando se constituya un ECI en el Estado miembro de su procedencia. Esta información deberá incluir, en principio, una mención específica a los Estados miembros que participen en el equipo, los tipos de delitos investigados, la fecha del acuerdo de constitución, la duración planeada del equipo, incluyendo sus modificaciones, detalles sobre el jefe del equipo en cada Estado miembro y un breve resumen de los resultados obtenidos²²⁶. La Ley 16/2015 ha introducido este mandato en su artículo 24.7, indicando que la información debe ser previa a la constitución y sólo cuando afecte a las materias que son competencia de Eurojust. Al residenciar la obligación de informar en la autoridad competente para su constitución, en estricta remisión al artículo 3 de la Ley 11/2003, entendemos que se refiere al Ministerio de Justicia en los casos en los que la autorización depende de este organismo.

En relación con los EECCII constituidos fuera de la UE surge la duda de qué régimen de autorización debe seguirse ante la ausencia de norma legal expresa dado que, como venimos repitiendo, la Ley 11/2003 circunscribe su aplicación a los equipos dentro de la UE. Ya apuntamos *supra* que somos partidarios de la aplicación por analogía de este cuerpo legal a EECCII con terceros Estados pero debemos reconocer que en ocasiones esta aplicación analógica puede casar mal con el tenor literal del convenio en cuestión. Por ejemplo, en el convenio con EEUU el artículo 16 ter dispone literalmente que “las autoridades competentes, designadas por sus respectivos Estados, responsables de la investigación y persecución de los delitos acordarán los procedimientos de funcionamiento del equipo, como son la composición, duración, localización, organización, funciones, propósito y condiciones de participación de los miembros del equipo de un Estado en las actividades de investigación que tienen lugar en el territorio de otro Estado”. Es claro que el Ministerio de Justicia no puede ostentar la condición de *autoridad responsable de la investigación y persecución de los delitos* por lo que entendemos que pudiera ser sostenible que, en el caso de equipos conjuntos con EEUU, los que

²²⁶ Artículo 13.5 y anexo, en la redacción dada por la Decisión 2009/426 Eurojust.

se constituyan no necesitarían de su autorización. También es cierto que una cosa es el consenso de todos estos extremos - que siempre se realiza por las autoridades judiciales implicadas - y otra que tras este consenso deba o no haber autorización ministerial. En definitiva, dificultades interpretativas que sólo pueden salvarse, entendemos, con una debida regulación en esta materia.

6. EL ACUERDO DE CONSTITUCIÓN

El acuerdo de constitución es el documento que, consensuado entre las autoridades que constituyen el equipo, recoge los aspectos esenciales del mismo y regirá su funcionamiento. Podría calificarse de “documento contractual” que determinará el funcionamiento del ECI.

En la normativa europea hay una insuficiente regulación del acuerdo de constitución, a pesar de su importancia crucial, pues el artículo 13 CUE/2000 sólo se limita a señalar que el ECI deberá tener un fin determinado, un periodo limitado de actuación y que su composición se determinará en el acuerdo de constitución. Mayor concreción encontramos en la legislación española. De conformidad con el artículo 5 de la Ley 11/2003, el acuerdo de constitución de un ECI que vaya a actuar en territorio español deberá contener como mínimo una serie de especificaciones, que son las siguientes:

- a) Voluntad explícita, manifestada por la autoridad competente de cada Estado miembro solicitante, de constitución del ECI.
- b) Motivación suficiente de su necesidad y tiempo máximo de vigencia del equipo para los fines que se determinen.
- c) Objeto determinado y fines de la investigación.
- d) Propuesta de composición del equipo, teniendo en cuenta que el jefe de éste será designado por la autoridad competente española.
- e) Referencia explícita a la legislación aplicable a la actuación del equipo constituido.
- f) Especificación, en su caso, de las medidas organizativas que sean necesarias para que el equipo pueda actuar.
- g) Competencias del jefe del equipo.
- h) Régimen jurídico sobre la utilización -por los miembros del equipo- de las informaciones obtenidas en el curso de la investigación (en el bien entendido que deberá respetarse siempre los límites de la legislación vigente).
- i) Autorización -o condiciones que han de concurrir- para que personas no constituyentes del equipo puedan participar en sus actividades, en los términos del artículo 10. En este caso, deberá hacerse una referencia explícita a los derechos conferidos a éstos.

Lo fundamental del acuerdo de constitución, de conformidad con la normativa europea, es que en él deberá concretarse el objeto y la duración del equipo. Además de estas exigencias que derivan del propio articulado del CUE/2000, la UE ha aprobado sendos modelos de constitución del ECI que aportan orientaciones claves sobre los demás

extremos que figurarán en el acuerdo de constitución. Veremos estos modelos más adelante, limitándonos por ahora a analizar el objeto y tiempo del ECI.

El término “objeto del equipo” es susceptible de varias interpretaciones, como destaca la doctrina²²⁷, que menciona dos opciones diferentes:

- a) delimitando unos hechos punibles específicos que constituirán el objeto del procedimiento penal; esto es, creando el equipo conjunto para la investigación de unos hechos históricos concretos.
- b) especificando unos hechos ilícitos en abstracto (por ejemplo, para la lucha contra el terrorismo o el narcotráfico) sin concreción específica alguna a unos hechos históricos concretos.

La primera de estas opciones, esto es, que en el curso de una investigación por unos hechos concretos típicos se aprecie la necesidad de creación de un ECI al concurrir circunstancias que así lo exigen, es el supuesto recogido en la legislación europea y con el que nos encontramos en la práctica forense.

El artículo 13 del CUE/2000 señala que se hará “con un fin determinado y por un periodo de tiempo limitado, que podrá ampliarse con el consentimiento de todas las partes”. Del mismo tenor literal es el artículo 1 de la DM/EECCII. Correlativamente, el artículo 2 de la Ley 11/2003 cuando en el apartado a) define lo que es un equipo conjunto de investigación, se refiere igualmente a que tendrá un fin determinado y un periodo de tiempo limitado. También el artículo 5 al determinar las especificaciones mínimas que deberá tener el acuerdo de constitución del ECI señala, en lo que aquí nos concierne, la necesidad de motivar suficientemente la necesidad de su creación “y el tiempo máximo de vigencia del equipo para los fines que se determinen” – apartado b – y “objeto determinado y fines de la investigación” – apartado c-.

La segunda de las posibilidades, la investigación por el equipo conjunto de hechos típicos en abstracto es, sin embargo, de mucho más difícil acomodo a la legalidad vigente, pues la exigencia de un *fin determinado* y un *tiempo concreto* parece exigir una mayor concreción que una mención genérica a una categoría delictiva y a un tiempo medianamente prolongado²²⁸. No obstante, consideramos que la utilidad de una figura de estas características sería extraordinaria, aunque viera su funcionalidad limitada a los EECCII de carácter estrictamente policial.

La experiencia demuestra que en determinadas zonas geográficas de nuestro territorio hay asentamientos de organizaciones criminales de nacionalidades concretas, con una permanente implicación en unas determinadas actividades delictivas. Estamos pensando, por ejemplo, en zonas fronterizas, donde pudiera existir la necesidad de crear un equipo conjunto con representantes de los Estados

²²⁷ Cfr. VALLINES GARCÍA, E., *Los equipos conjuntos de investigación penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Colex, 2006, pág. 59.

²²⁸ En opinión de VALLINES, y en relación con los equipos conjuntos de investigación españoles tal y como vienen regulados en la Ley 11/2003, no cabría entender ajustada a derecho esta posibilidad, y ello porque al referirse el art. 5c) al objeto y fines se concreta que son “de la investigación”, lo que induce a pensar al autor citado que la ley española está exigiendo que se marquen los fines de la actuación concreta del equipo, no simplemente los fines de su creación. Por ello, toda vez que los fines de la actuación no pueden delimitarse sino a través de un relato de hechos históricos concretos, se concluye que no cabe definir de manera abstracta los fines del equipo. Cfr. VALLINES GARCÍA, E., *Los equipos conjuntos de investigación penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Colex, 2006 pág. 63-64.

colindantes de modo que, de manera estable, este ECI policial investigara las actividades delictivas propias del área, como el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. O pudiera haber sido el caso de la lucha antiterrorista contra ETA, donde un ECI permanente entre grupos policiales de España y Francia estaría plenamente justificado. Ilustrando lo expuesto con un ejemplo concreto, con la creación de un equipo británico-español para la investigación del narcotráfico en la Costa del Sol, si se determina un plazo amplio de actuación para el mismo -cinco años por ejemplo- se obtendrían los siguientes beneficios:

-1º. El complejo mecanismo de creación del equipo conjunto tendría lugar sólo una vez. El procedimiento para la creación de estos equipos dista mucho de ser ágil. Por el contrario, requiere suscribir un detallado acuerdo de constitución y cualquier ampliación o modificación debe estar sometida a nuevo consenso. La creación de sucesivos equipos (con una misma finalidad) conforme hechos típicos concretos se vayan investigando (todos ellos subsumibles dentro de idénticas categorías delictivas) supone un retraso en la operatividad del equipo, que se solventa si el equipo tiene una atribución abstracta de cometido (por ejemplo, delitos contra la salud pública) y puede entrar a investigar inmediatamente sucesivos hechos típicos - encuadrables en dicho cometido- conforme se vaya teniendo indicios de éstos.

-2º. La permanencia del equipo en un plazo amplio como el mencionado permite una estabilidad entre sus integrantes. Esto redundaría en una mayor experiencia en la utilización de esta técnica, un mayor entendimiento entre los integrantes del equipo de diferentes Estados miembros y un mejor conocimiento “sobre el terreno” del *modus operandi* de las organizaciones criminales en esas zonas geográficas. Incluso aspectos que pudieran parecer secundarios, como las habilidades lingüísticas en el otro idioma de los integrantes del equipo, pueden ser decisivos, sin que quepa duda de que un ECI a largo plazo facilitaría que con el transcurrir del tiempo los integrantes del equipo tengan un mayor conocimiento idiomático. Todas estas ventajas están llamadas a incidir decisivamente en la mayor obtención de resultados del equipo conjunto.

Otra cuestión relativa al objeto del ECI es la inexistente regulación de cómo proceder en caso de que resulte necesario ampliarlo. De ahí surge el interrogante de si no puede en absoluto modificarse el objeto plasmado en el acuerdo de constitución, también si no resulta necesaria modificación alguna o si puede cambiarse aunque cumpliendo determinados requisitos, como el consentimiento de todos los Estados.

Sería el caso, por ejemplo, de que en el curso de una investigación se acreditara indiciariamente que la organización no está traficando con drogas, como se pensó en un momento, sino con armas.

Sobre este particular, aun siendo conocedores de la falta de normativa expresa que así lo exija, entendemos que el cambio del objeto del ECI tiene que tener trascendencia en el acuerdo de constitución, pues el objeto del equipo es uno de sus elementos esenciales. Pero partiendo de esta premisa, parece que no resultaría necesario cesar el ECI constituido sino simplemente modificarlo, de modo similar, por ejemplo, a cuando cambian sus integrantes. En apoyo de esta interpretación puede alegarse que el modelo de constitución del acuerdo, al que luego haremos referencia, avala la posibilidad de redefinir el objeto del equipo, siempre previo acuerdo de todas las partes. No obstante, en evitación de ulteriores problemas de admisibilidad de la prueba que el ECI recabe, hubiera sido deseable que el legislador europeo hubiera abordado expresamente esta cuestión, dotando de seguridad jurídica a la posibilidad de cambio del objeto del ECI y al procedimiento para llevarlo a cabo, haciéndolo uniforme para todos los Estados miembros. Idénticos problemas y razonamientos cabe hacer en relación con la determinación del tiempo por el que actuará el equipo y su posible ampliación.

La Ley 11/2003 sí regula ambas ampliaciones en el artículo 9, que expresamente determina que en caso de que varíen las circunstancias que motivaron la investigación para la que se creó el equipo, aquella podrá extenderse a hechos que guarden conexión directa con el objeto del acuerdo o ampliarse el periodo por el cual fue inicialmente acordada, debiendo recabar el consentimiento de todos los Estados que constituyeron el equipo, sin necesidad de acuerdo expreso²²⁹. Del tenor literal del artículo parece desprenderse que, de conformidad con la legislación española, no será necesario formalizar nuevo acuerdo, que, por otra parte, tampoco resulta prohibido, puesto que el precepto alude a que no habrá necesidad, lo que entendemos no es obstáculo para hacerlo si así lo entiende oportuno la autoridad judicial española, como de hecho parece apuntar el artículo 9.2 Ley 11/2003.

Nada dice la normativa europea ni tampoco la española sobre el desistimiento de una autoridad en la participación en el equipo; esto es, qué ocurre y qué trámite debe seguirse cuando una de las partes manifiesta su voluntad de abandonarlo. A nuestro juicio no se necesita que las demás partes lo consientan, sino que basta la voluntad de desistir, expresamente manifestada por la autoridad de un Estado, para que pueda apartarse del equipo, aunque ello suponga, en caso de ser bilateral, que finalice la actividad del ECI constituido. Y llegamos a esta conclusión porque si la base del funcionamiento de los EECCII es el consenso, no parece lógico que pueda obligarse a la autoridad judicial de un Estado a continuar invirtiendo medios personales y materiales si ya no tiene interés en la persecución del hecho que motivó su constitución inicial. Ahora bien, sí resulta razonable que al menos tenga que explicitar las razones por las que opta por no continuar la investigación ante los demás intervinientes. En definitiva, que se trate de un desistimiento motivado.

7. COMPOSICIÓN DEL EQUIPO CONJUNTO DE INVESTIGACIÓN

La normativa reguladora de los EECCII clasifica los integrantes del equipo en tres categorías: jefes, miembros y participantes. Las facultades o funciones de cada una de las tres categorías de integrantes del ECI vienen definidas por una cuádruple limitación:

- 1) la derivada del propio tenor literal de la normativa internacional que da cobertura legal a la constitución del ECI, pues el CUE/2000 sí delimita un mínimo de funciones en alguna de estas categorías, como tendremos ocasión de exponer a continuación;
- 2) la propia de la normativa interna de implementación, que puede constreñir o limitar las funciones de los componentes nacionales del ECI²³⁰;
- 3) la propia de su condición profesional, de modo que por ser fiscal, juez o

²²⁹ Los modelos orientativos publicados en la Unión Europea, a los que nos referiremos al final de este capítulo, parecen optar, por el contrario, por la necesidad de formalizar un nuevo acuerdo siempre y en todo caso que se modifique el objeto o el tiempo por el que el ECI se constituye.

²³⁰ Esto se hace especialmente patente en relación con las facultades atribuidas a los miembros destinados, donde la legislación interna de cada Estado varía de manera más notable. Así, Francia, Malta y Finlandia detallan que actividades concretas pueden llevar a cabo estos miembros destinados, mientras que otros Estados, como Alemania, hace depender estas facultades de la autorización correspondiente de la autoridad competente; otras legislaciones, como la austriaca, se remiten a lo que al respecto establezca la legislación nacional, y, finalmente, en otros Estados queda a la determinación del jefe del equipo (al respecto, documento COM (2004)858 final, informe de la Comisión sobre la trasposición legal de la DM/EECCII).

policía tendrá las limitaciones propias que su sistema nacional interno de investigación penal configure;

- 4) la derivada de las condiciones establecidas por sus autoridades en el acuerdo de constitución del equipo, dado que al constituirlo puede dibujarse un abanico más estrecho de funciones que el previsto con carácter general en el derecho positivo.

Es por ello que no podemos enumerar unos poderes uniformes de los componentes de los EECCII, aplicables a todos los equipos que se constituyan con cualquier Estado miembro. Ahora bien, partiendo de esta premisa describiremos el marco competencial que dibuja la normativa europea, pues constituirá el mínimo sobre el que se asentarán las demás atribuciones.

7.1 Jefes del ECI

Los jefes, dirigentes o líderes del equipo son representantes de la autoridad del Estado en el que la actividad del equipo tiene lugar y, además, deben intervenir o participar en la investigación, es decir, tienen que tener un papel operativo. Como su propio nombre indica, tienen que dirigir el ECI, lo que permitirá que den instrucciones a sus miembros. Es muy importante -a los efectos que luego analizaremos en relación con los EECCII españoles- una precisión que contiene el artículo 13 CUE/2000 y que por otra parte es obvia: el jefe del equipo actuará dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas con arreglo a la legislación nacional.

Los jefes del ECI vienen determinados, por tanto, por el lugar donde el equipo actúa. Ello implica que existirán varios jefes simultáneamente, cada uno de ellos en representación de la autoridad del Estado que constituye el ECI. Estos jefes dirigirán sucesiva o simultáneamente al equipo cuando éste actúe en sus respectivos territorios. De este modo, el equipo da lugar a una única investigación (pues el ECI implica esta fusión entre autoridades de varios países) dirigida por dos o más jefes (en función del lugar donde actúe el equipo).

El éxito del equipo dependerá en gran medida de la coordinación y entendimiento de los jefes del equipo. Que todos ellos compartan unos mismos objetivos y que acomoden sus respectivas actuaciones al interés común será esencial para que sea eficaz. Nada se dice en la normativa reguladora de los equipos conjuntos sobre cómo tienen que relacionarse y coordinarse estos jefes; si bien consideramos que efectivamente no es una cuestión que deba tener su reflejo en el derecho positivo, debiera ser objeto de atención prioritaria en los manuales o guías que puedan elaborarse con ocasión de los EECCII.

Respecto a su condición profesional, pueden ser fiscales, jueces o funcionarios de policía, cuestión ésta que dependerá en gran medida de la configuración de la instrucción en los diferentes sistemas penales nacionales²³¹.

Entrando con más detenimiento en sus funciones, debe destacarse que la normativa europea sólo precisa que el jefe del equipo tendrá como cometido general dar instrucciones a los miembros del equipo, pues estos actuarán bajo su dirección. Detalla qué tipo de instrucciones dará en a una categoría específica de miembros, los llamados

²³¹ El Manual sobre EECCII elaborado por Eurojust y Europol recomienda que sean jefes del equipo jueces o fiscales si la instrucción penal viene dirigida por ellos en sus ordenamientos jurídicos.

miembros destinados, respecto de los cuales:

- a) Les encomendará la ejecución de determinadas medidas de investigación, debiendo contar para ello con la aprobación tanto de las autoridades del Estado que los envía como del Estado en el que actúan.
- b) Decidirá cuándo, por razones específicas, los miembros destinados no podrán participar en una medida de investigación.

Especialmente problemática es la regulación en la legislación española del jefe del ECI. La Ley 11/2003 se limita a precisar que será la autoridad competente española para constituir el ECI la que designará el jefe del equipo en España²³², al que se refiere en singular, cuestión que tiene importancia por lo que a continuación se expondrá. No detalla la Ley 11/2003 la condición profesional que deberá tener ni las competencias que como jefe del equipo le corresponden. Y pudiera parecer que no era necesario que lo hiciera, pues, a falta de norma legal en contrario, serán de aplicación las normas generales de la LECrim. Partiendo de las premisas -que sí vienen claramente fijadas en la normativa europea y española, esto es, que el jefe debe ser responsable de esa concreta investigación, tener capacidad para dar instrucciones a los miembros del ECI, destinados o no, y que no puede actuar más allá de los límites de competencia que tenga atribuidas con arreglo a su legislación nacional- la conclusión a la que llegamos es que, estando en fase de instrucción del proceso penal, el jefe del ECI no puede ser sino el juez de instrucción. Sin embargo, esta conclusión es una de las cuestiones que más problemas plantean en la práctica, pues desde la FGE se ha venido promoviendo de manera muy activa la llamada figura del “coliderazgo”. Por tal se entiende aquella situación en la que el ECI es dirigido conjuntamente por el juez de instrucción y por un representante de la fiscalía, que se equiparan como responsables del equipo. Así se han constituido muchos EECCII en los últimos años en España, a pesar de que entendemos que no tiene fácil acomodo legal. De hecho, deja sin contenido las funciones que nuestra legislación procesal confiere a cada una de las autoridades que intervienen durante la instrucción penal. En síntesis, con la figura del coliderazgo observamos las siguientes disfunciones:

- a) Se desvirtúa la naturaleza propia de las facultades del juez de instrucción. La instrucción debe ser dirigida por el juez de instrucción, al que le corresponde decidir. En consecuencia, es la autoridad llamada a encomendar funciones a los miembros -destinados o no -y a pronunciarse judicialmente sobre qué diligencias de investigación se practican y cuáles no. El fiscal, en su condición de garante de la legalidad, informa, solicita, recurre, pero no decide, lo que encaja mal con que se le atribuya el papel de jefe del ECI, dado que es consustancial a esta condición la capacidad de decisión sobre qué medidas de investigación se practican, cuáles no, en qué términos o con qué formalidades y quién las lleva a cabo. Todo ello, reiteramos, sólo lo puede decidir el juez de instrucción una vez que éste conoce de la investigación por estar ya tramitándose en el juzgado la instrucción, no puede decidirlo el fiscal. Ningún obstáculo vemos, sin embargo, en que el fiscal sea el jefe del ECI cuando estemos ante diligencias preprocesales de fiscalía, pues entonces sí será el fiscal el responsable último de esta investigación (lógicamente siempre que no sea necesario afectar derechos fundamentales, pues llegado ese momento procesal no habrá otra alternativa que cesar las diligencias de investigación y

²³² Artículo 5.d y artículo 6.1 de la Ley 11/2003.

remitir la causa, con denuncia o querella, al juzgado de instrucción).

b) Desnaturalización del propio papel del fiscal en el proceso penal, atribuyéndole unas funciones de las que carece de conformidad con la legislación interna. Estas funciones son, entre otras, la capacidad para decidir sobre las diligencias de investigación que deben practicarse. Si nuestra LECrim establece claramente que el fiscal cesa en su investigación cuando se presentan las diligencias de investigación ante el juez de instrucción (art. 773.2 LECrim) y por tanto a partir de ese momento ya no puede acordar la práctica de ninguna diligencia de investigación (por ejemplo, oír testigos o investigados, cosa que sí puede hacer cuando sólo hay diligencias de investigación de fiscalía) no se entiende por qué si podría decidir sobre estas diligencias de investigación una vez judicializado el caso por el mero hecho de haber constituido un ECI, al no existir norma legal habilitante en tal sentido. Asimismo, en su condición de jefe se priva al fiscal de las facultades que sí ostenta como defensor de la legalidad durante la instrucción judicial. Nos referimos, por ejemplo, a la legitimación para recurrir las decisiones judiciales: durante la instrucción el fiscal está legitimado para recurrir aquellas decisiones jurisdiccionales que entienda no resulten ajustadas a derecho. Sin embargo, si partimos de la base de que el coliderazgo implica consenso entre los jefes españoles del ECI en las decisiones que se tomen (pues si sólo decide el juez es claro que sería un coliderazgo ficticio, que no podría trasladarse al acuerdo de constitución en términos de igualdad entre los jefes) nos encontramos que, no sólo este consenso no es exigible conforme a nuestro derecho procesal, sino que se está privando al fiscal de la facultad (y el deber) de recurrir aquellas decisiones judiciales en las que entienda vulnerada la legalidad.

c) Disparidad entre las facultades de los dos colíderes: consagrar dos jefes del ECI en España durante la instrucción penal, uno juez y otro fiscal, implica establecer dos figuras aparentemente homólogas que, sin embargo, tendrían – por exigencia de la LECrim - distintas funciones. Bajo una misma denominación (líder o jefe) se recogen, de hecho y de derecho, dos figuras con competencias distintas. Ello, al margen de cuestiones de legalidad, hace inoperativo en la práctica al ECI. A título de ejemplo, las disfunciones se presentarían:

- * por la confusión que se crea en las autoridades judiciales extranjeras, que asumirán que ambos jefes tienen idénticas facultades procesales, cuando es obvio que, conforme a nuestro derecho procesal vigente, no es así;

- *en estrecha relación con lo anterior, por las posibles incongruencias o contradicciones en las respuestas que faciliten los líderes españoles al jefe del otro Estado miembro²³³. Una situación así dañaría la operatividad del equipo y generaría desconfianza; literalmente el responsable del otro Estado no sabría a qué

²³³ Piénsese que lo clave de un ECI es la agilidad. En ocasiones los líderes se comunican por mensaje de correo electrónico o móvil. No hay necesariamente oportunidad de consensuar opiniones entre juez y fiscal. De ser consultados por separado ambos pueden dar opiniones discrepantes al jefe del otro Estado miembro sobre, por ejemplo, la procedencia de practicar una entrada y registro en nuestro país, lo cual generaría una importante disfunción. Si el fiscal compromete en estas conversaciones con el jefe del otro Estado un día concreto para la práctica de la medida restrictiva de derechos fundamentales y el juez, ante la insuficiencia de indicios, la deniega, se crearía una situación anómala para el jefe del otro Estado miembro, que habría actuado en la confianza de lo consensuado con el fiscal español. Pero peores consecuencias tendría entender que el juez de instrucción está abocado a conceder la entrada y registro porque a ello se ha comprometido el colider del equipo español. Ninguna de estas alternativas tiene encaje en nuestro sistema procesal.

atenerse. Esto es precisamente lo que no puede pasar en un ECI, donde el consenso, la confianza y la eficacia derivada de la agilidad en la respuesta son las razones que justifican esta técnica.

SAN JOSÉ califica de “empeño” de la Unidad de Cooperación Internacional de la FGE que los fiscales sean jefes del ECI junto con el juez de instrucción y aduce una serie de razones, como la necesidad de que el fiscal esté en todo momento informado de la actividad llevada a cabo (o que se proyecta llevar a cabo) por el equipo, dado que deberá defender en un futuro juicio la legalidad y oportunidad de la prueba obtenida en el ECI. Por otra parte, el FGE deberá impartir las instrucciones oportunas para el caso de que se considere que otro Estado está en mejores condiciones para juzgar los hechos, lo que a su juicio justifica el papel director de la investigación²³⁴. No compartimos estas razones, que, por otra parte, concurrirían en todas las instrucciones en las que haya que cursar solicitudes de cooperación internacional a otro Estado, al margen de que haya o no un ECI constituido, sin que en esas instrucciones penales se transfiera la dirección de la investigación procesal penal al fiscal. El fiscal puede tomar conocimiento de las actuaciones en cualquier momento durante la instrucción, puede inspeccionar la instrucción, por lo que no ser jefe del equipo no implica no estar informado, como parece sostener la autora. En relación con el hecho de que el FGE curse los dictámenes ante eventuales conflictos de jurisdicción nada entendemos que tiene que ver esto con el liderazgo del equipo, sin que pueda olvidarse que la decisión última sobre si procede o no ceder el conocimiento a otro Estado está radicada en el órgano judicial, no en la fiscalía. Por último, la oportunidad y legalidad de la prueba es algo que en fase de enjuiciamiento corresponderá sostener en todo caso a la fiscalía si ejercita acusación, no es algo singular o propio de los EECCII. No nos convencen, en consecuencia, estas razones y creemos que no tardará en llegar el momento en que durante el enjuiciamiento se cuestione la legalidad de haber constituido un ECI bajo la figura del coliderazgo. No obstante, no creemos que tenga incidencia en la licitud de la prueba recabada, como veremos en el último capítulo de esta investigación.

Aunque tenga una importancia secundaria -pues lo clave es la legislación interna de cada Estado miembro- no está de más destacar que el coliderazgo juez-fiscal en los EECCII es una figura desconocida en los demás Estados de la UE. En este sentido, el 5 de agosto de 2014, precisamente a instancia de una consulta formulada por un punto de contacto de la carrera fiscal española en la R/EECCII, la Secretaría de la red emitió un informe sobre las respuestas dadas por los representantes de los demás Estados miembros a la cuestión de si, conforme a su normativa interna, era posible esta figura. Se refleja en dicho informe que todos los expertos nacionales coincidían en señalar que su legislación no permite actuar a jueces y fiscales como jefes ambos en un mismo ECI. Es la autoridad que supervisa la investigación la que realiza las funciones de liderazgo (cuando este papel es reservado en la legislación a miembros a la fiscalía son fiscales los que actúan como jefes del equipo). Con base en estas respuestas conviene destacar que paradigmático es el caso de Francia. En ese país tanto el juez como el fiscal pueden firmar el acuerdo de constitución del ECI, pero no pueden hacerlo conjuntamente toda vez que supervisan la investigación en momentos procesales diferentes. Si el equipo conjunto se constituyó con la fiscalía, desde el momento en que se necesite involucrar al juez de instrucción éste último tiene que firmar un nuevo acuerdo de constitución para que el equipo pueda seguir actuando. Desde ese momento el fiscal no puede participar en el equipo, ni como líder ni como miembro.

Al margen de sostener que, como acabamos de exponer, no consideramos ajustada a

²³⁴ Cfr. SAN JOSÉ GONZÁLEZ, A., “Los equipos conjuntos de investigación y la posibilidad de su aplicación a la investigación de los delitos de trata de seres humanos”, CEJ, 2012.

derecho la figura del coliderazgo, sí debe reconocerse la dificultad de ubicar la figura del fiscal español en las demás categorías del equipo. Es obvio que el representante de la fiscalía no está subordinado al juez de instrucción y, en consecuencia, tiene difícil encaje en la figura de miembro del equipo (aunque esta es la solución por la que se opta en derecho comparado para casos análogos, concretamente así lo hace la legislación belga). Ante la ausencia de un precepto específico en la Ley 11/2003 que regule esta cuestión, lo más acorde con la LECrim consideramos que es introducir una categoría propia para la fiscalía española que dé cuenta de sus funciones específicas. Esta categoría propia no viene excluida por la legislación europea, que al regular la composición del ECI no contiene una referencia a que los integrantes deban *necesariamente* incardinarse en las tres posibilidades mencionadas en su articulado. Idéntico razonamiento cabe hacer en relación con la Ley 11/2003: nada excluye que a jefe, miembros y participantes se añadan otras categorías, propias de la singularidad de nuestro derecho procesal penal. De hecho esta ha sido la opción escogida por nuestras autoridades judiciales en algún ECI bilateral constituido en los últimos meses y era la solución que se propugnaba en el documento de trabajo que desde el CGPJ se remitió al Ministerio de Justicia para impulsar un anteproyecto de ley que regule de nuevo los EECCII en España.

Al hilo de esto destacaremos que tampoco el letrado de la Administración de Justicia tiene fácil acomodo en el ECI, de hecho no es infrecuente que no se integre en el equipo. Consideramos esencial que lo haga; entre otras cosas, deberá dar fe de la firma del acuerdo y de cuantas otras actuaciones exijan documentación en autos.

7.2 Miembros del ECI

Dentro de la segunda categoría, los miembros del equipo, encontramos lo que podrían denominarse miembros en sentido estricto y miembros destinados:

a) Los miembros en sentido estricto son también representantes de las autoridades correspondientes de los Estados que conforman el equipo. En este grupo suelen integrarse las autoridades policiales.

b) Aquellos miembros que actúan en un Estado distinto a aquel que representan son denominados “miembros destinados” y tienen un régimen funcional específico por ostentar esta condición. Sus facultades variarán según actúen en el Estado en el que están destinados o en su propio Estado. Podrán, en relación con los Estados en los que están destinados:

- facilitar la información de que dispongan, siempre para los fines de la investigación penal que motiva la constitución del equipo;
- estar presentes en las medidas de investigación que se practiquen, salvo que específicamente el jefe del equipo disponga lo contrario²³⁵.

²³⁵ Destaca RIJKEN que inicialmente se consideró que la gran ventaja de los EECCII iba a ser la posibilidad de que los miembros del equipo tuvieran funciones operativas. Sin embargo, la normativa europea no obliga a atribuir a los miembros destinados poderes operativos, aunque no excluye que así se haga. Queda a la normativa interna de cada Estado miembro que sea posible o no hacerlo, y con carácter general los Estados son reticentes a que en su territorio puedan realizar actividades coercitivas representantes de la autoridad de otros Estados. Concretamente, Suecia e Irlanda han excluido esta opción y otros como Dinamarca o el Reino Unido han garantizado sólo poderes limitados. Cfr. RIJKEN C.,

En relación con sus propios Estados, podrán pedir a las autoridades competentes que adopten en ellos determinadas medidas de investigación. Estas solicitudes deberán ser examinadas en las mismas condiciones que si fueran solicitadas en el marco de una investigación nacional.

Con carácter general, todos los miembros -destinados o no- podrán usar la información obtenida a través de las actividades del ECI:

- a) para la investigación penal que dio lugar a la creación del equipo;
- b) para descubrir, investigar o enjuiciar otra infracción penal, condicionado en este caso al consentimiento previo del Estado donde dicha información haya sido obtenida. El consentimiento sólo puede denegarse por dos motivos: que ponga en peligro una investigación penal en dicho Estado o que se trate de los supuestos en los que la asistencia judicial puede denegarse;
- c) para evitar una amenaza, inmediata y grave, para la seguridad pública;
- d) para otros fines, si así se ha convenido.

Lo que hace de los EECCII una técnica novedosa y potencialmente útil para la investigación penal transfronteriza es la posibilidad de integrar, en una única célula investigadora, autoridades policiales y judiciales de distintos Estados miembros que actúan de común acuerdo. Estas autoridades se intercambiarán información y prueba sin necesidad de acudir a mecanismos internacionales de cooperación penal internacional, sin intercambiar comisiones rogatorias o instrumentos de reconocimiento mutuo. El equipo como tal tendrá capacidad legal para actuar en varios Estados miembros, aunque al hacerlo se apoye en unos u otros integrantes del equipo en función del lugar donde se practique la concreta diligencia de investigación.

Para su efectividad operativa son posibles diferentes modos de organización de los EECCII. El criterio puede ser por cometidos, de modo que se distinga entre las diferentes diligencias de investigación, encomendándolas a subgrupos que, a su vez, tienen componentes de todos los Estados implicados. Con esta organización, por ejemplo, todas las audiciones (de testigos, imputados o peritos) se desarrollarán por el subgrupo A, mientras que todas las intervenciones telefónicas y entradas y registros por el subgrupo B, estando A y B compuesto por funcionarios de ambos Estados. Con ello se consigue una total integración entre los componentes del equipo, se facilita el respeto a las normas procesales de todos los Estados implicados y en caso de tener que reproducir la diligencia en la fase del plenario, evita que haya que convocar necesariamente a agentes extranjeros, pudiendo relatar lo realizado el agente representante del Estado donde el plenario se está desarrollando. Sin embargo, no es ésta la forma más habitual de organización del ECI. Estadísticamente lo normal es el criterio territorial: que los miembros de un mismo Estado practiquen todas las diligencias que deban llevarse a cabo en su territorio, sin perjuicio de que, puntualmente, intervengan también miembros destinados o ellos actúen en tal condición en las que tengan lugar en otro Estado miembro.

7.3 Participantes en el ECI

La tercera categoría de integrantes del ECI se corresponde con los participantes en el equipo, cuya nota definitoria es que no son representantes de los Estados que conforman

“Joint Investigation teams: principles, practice and problems. Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT”, *Utrecht Law Review*, vol.2, 2006, pág. 104 En esta obra encontramos unos interesantes ejemplos del funcionamiento práctico de dos equipos conjuntos de investigación que se establecieron durante la presidencia holandesa de la Unión Europea en el segundo semestre del 2004.

el equipo. Son, por el contrario, representantes de otros organismos o instituciones de la Unión, singularmente Eurojust, Europol y OLAF²³⁶, o de otros Estados de la Unión diferentes a los que constituyen el equipo. El informe explicativo del CUE/2000 destaca que la idea que guio a los redactores del convenio en este punto es que pudiera ser de utilidad que el equipo reciba asistencia y conocimientos técnicos adicionales de otras personas. Sus facultades o funciones en el equipo vienen definidas por contraposición a las de los miembros, en el sentido de que se estipula que no tendrán las mismas, salvo, eso sí, que se acuerde lo contrario en el acuerdo de constitución.

Veamos por separado el papel de Eurojust, de Europol y de la OLAF, pues el correspondiente a representantes de otros Estados de la UE dependerá únicamente de la legislación interna de cada Estado.

A propósito de esta cuestión, destacaremos que la Ley 11/2003 no regula expresamente esta posibilidad consistente en que las autoridades judiciales o policiales españolas intervengan en un ECI no como miembros o jefes del equipo sino únicamente a título de participantes, por no constituir el equipo pero tener de algún modo interés en él. Ante la ausencia de regulación nacional que permita esta posibilidad nos inclinamos a considerar que esta opción está vedada a nuestras autoridades.

7.3.1 Eurojust

Eurojust tiene un papel fundamental en lo que concierne a la coordinación de las autoridades (judiciales, fiscales y policiales) que dirijan la investigación criminal. Sus recursos logísticos (lugar de reuniones, servicio de interpretación lingüística) y económicos (pues cabe solicitar financiación europea para el equipo cuando participa Eurojust) harán su intervención muy frecuente. Pueden participar los miembros nacionales (que a su vez lo pueden hacer en nombre de Eurojust o como autoridades nacionales) o puede intervenir el personal de Eurojust (letrados del servicio legal o analistas de casos, por ejemplo).

En cuanto a los miembros nacionales de los Estados implicados, la normativa reguladora de Eurojust configura su intervención como obligatoria -cuando la financiación corra a cargo del presupuesto comunitario- y optativa en los demás casos, de modo que en éstos los Estados miembros pueden condicionar la participación de su Miembro Nacional a la aprobación de la autoridad nacional competente²³⁷.

Pero al margen de que su intervención sea necesaria o facultativa, lo destacable es la condición en la que intervengan, que puede ser en condición de autoridades nacionales competentes o en nombre de Eurojust. Cada Estado miembro decidirá al respecto, incluso en su legislación nacional de implementación. Es el caso de la Ley 16/2015, que, al no atribuir al miembro nacional de España en Eurojust funciones de carácter

²³⁶ La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) tiene como misión la protección de los intereses financieros de la Unión. Su actividad abarca la detección y seguimiento de fraudes en el ámbito aduanero, los desvíos de subvenciones, la evasión fiscal en la medida en que afecta al presupuesto comunitario, la lucha contra la corrupción y cualquier otra actividad que afecte a los intereses financieros de la Unión. Creada en el seno de la Comisión Europea mediante la Decisión 1999/352 de 28 de abril de 1999, recibió el mandato de efectuar investigaciones administrativas antifraude confiriéndole un estatuto especial de independencia.

²³⁷ Artículo 9 septies de la Decisión 2009/426.

jurisdiccional, sólo permite que intervenga previa invitación de la autoridad nacional competente.

Al menos así es como entendemos debe ser interpretado el artículo 11 de la Ley 16/2015, que estipula que el miembro nacional podrá participar en los equipos conjuntos de investigación de los que formen parte autoridades españolas, incluso en su creación, siempre y cuando la autoridad nacional competente para la constitución del ECI lo apruebe expresamente, señalando también que “en todo caso, el miembro nacional, el miembro nacional suplente y los asistentes serán invitados a participar en nombre de Eurojust en todos los equipos conjuntos de investigación que interesen a España y para los que se prevea financiación comunitaria”.

Por Eurojust puede intervenir también su personal, siendo sus funciones diferentes según el servicio concreto que intervenga. De este modo, su contribución puede ser el asesoramiento jurídico (si interviene el servicio legal de Eurojust) o el asesoramiento técnico operativo (si fuera el servicio de análisis el que participara).

La secretaria²³⁸ de la R/EECCII también puede ostentar la condición de participante del ECI. De hecho, aunque no viene siendo habitual que lo haga, consideramos que sería lo propio, pues sólo así se garantiza que pueda desarrollar el papel que la legislación europea le confiere. Lo que sí es más frecuente es que, sin participar en el ECI, la secretaria intervenga en distintas fases del equipo, singularmente en su financiación (que deberá canalizarse a través de ésta) y en su evaluación.

7.3.2 Europol

Europol aportará al ECI la información con que cuenta y sobre todo, una muy importante capacidad de análisis policial, no sólo de la información inicial sino también de la que se obtenga con la actuación del equipo. Pero la participación de sus representantes²³⁹ presenta una serie de limitaciones que pueden clasificarse en objetivas, funcionales y de responsabilidad.

- Limitaciones objetivas

Sólo podrán intervenir cuando el delito investigado en el ECI se corresponde con los delitos que son competencia de Europol.

Esto implica, a su vez, que se den una serie de condicionantes:

a) que estemos ante delincuencia organizada, terrorismo u otras formas graves de delincuencia dentro de las clasificaciones siguientes: tráfico de estupefacientes, blanqueo de capitales, delitos relacionados con materiales nucleares o sustancias radiactivos, tráfico de inmigrantes clandestinos, trata de seres humanos, delincuencia relacionada con el tráfico de vehículos robados, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, retención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robo organizado, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y obras de arte, fraude y estafa, chantaje y extorsión, violación de derechos de tráfico industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos administrativos falsos, falsificación de moneda y falsificación de medios de pago, delitos

²³⁸ Que forma parte del personal de Eurojust, como estipula el artículo 25 bis de la Decisión 2009/426.

²³⁹ Artículo 6 de la Decisión Europol.

informáticos, corrupción, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas, delitos contra el medio ambiente, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento. Igualmente, Europol tiene competencia en relación con los delitos conexos a los mencionados, es decir, cuando son su medio de comisión, o se cometen para facilitar o consumir su ejecución o para conseguir inmunidad.

b) que afecte a dos o más Estados de modo que sea necesaria una actuación coordinada²⁴⁰.

- Limitaciones funcionales

A su vez pueden ser objeto de la siguiente distinción:

- a) de régimen general:

Podrán prestar asistencia, pero no podrán tomar parte en ninguna medida coercitiva. Ello no obsta a que estén presentes durante las mismas, por ejemplo, en la entrada y registro de un inmueble, prestando asesoramiento técnico, apoyo operativo o estratégico, o desplegando una “oficina móvil”, que permite acceder a la información de que dispone Europol.

Especial atención requiere la información que pueden recibir o transmitir los integrantes de Europol que participen en un ECI. Así, la información que obtenga el miembro de Europol podrá incluirse en cualquiera de los componentes del sistema de tratamiento de la información de Europol²⁴¹, pero debe contar con el acuerdo y hacerse bajo la responsabilidad del Estado del que procede la información. Asimismo puede transmitir información de dicho sistema a los miembros del ECI, pero de hacerlo a través del contacto directo con ellos, Europol debe informar a todos los Estados que conformen el equipo de manera simultánea e informar al Estado que facilitó dicha información²⁴².

- b) de régimen particular:

Vendrán dadas por el acuerdo concreto que habilita a miembros de Europol a participar en el equipo. El acuerdo se suscribe entre el director y las autoridades competentes de los Estados miembros que conforman el equipo, participando sus unidades nacionales en Europol²⁴³. El acuerdo autorizará, por ejemplo, que los miembros de Europol que participen en el equipo tengan contacto directo con los miembros de éste o que actúen

²⁴⁰ Artículo 4 y Anexo de la Decisión Europol.

²⁴¹ Regulado en el artículo 10 de la Decisión Europol.

²⁴² La doctrina destaca la rigidez de la normativa de Europol en lo que a transmisión de información y datos se refiere. Cfr, RIJKEN C., en “Conclusions and recommendations”, *Joint investigation teams in the European Union: from theory to practice*, RIJKEN/VERMEULEN, The Hague, 2006, pág. 224, donde la autora pone de manifiesto que Europol tiene que vivir con las reticencias de los Estados miembros a facilitarle información. Para intentar que lo hagan, se establecen unas normas rígidas de utilización de esta información, de modo que hay que pedir autorización al Estado que lo facilitó cada vez que esta información se transmite a otros Estados. Esta rigidez complica la participación de Europol en los equipos conjuntos de investigación, que, por otra parte, es considerada esencial para el éxito de los mismos.

²⁴³ Los órganos de Europol son el Director y el Consejo de Administración (art. 36 Decisión Europol). Si bien, como se ha expuesto, es el Director el que suscribe el acuerdo con las autoridades nacionales competentes, las normas que regirán dichos acuerdos las determinará el Consejo de Administración. Así lo hizo en las normas de 9 de julio de 2009.

con arreglo a las disposiciones del jefe del equipo.

- Limitaciones en cuanto a su responsabilidad:

En los considerandos²⁴⁴ de la Decisión Europol se menciona que sus miembros, al apoyar a los EECCII, no pueden gozar de inmunidad. En este sentido, el Protocolo anexo al Tratado de Lisboa, sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea, será inaplicable al personal de Europol que participe en el ECI.

Estará sujeto el representante de Europol a la legislación nacional aplicable a personas que desempeñen funciones análogas tanto en relación con las infracciones que puedan cometer como en aquellas que puedan sufrir.

Sobre la responsabilidad civil, se destaca que los daños y perjuicios causados por los miembros de Europol cuando presten asistencia en un equipo conjunto se cubrirán:

- por el Estado miembro donde se causaron, en las mismas condiciones que si los hubiesen causado sus propios funcionarios, y
- salvo acuerdo en contrario, por Europol, que reembolsará los importes abonados a la víctima, o sus derechohabientes²⁴⁵.

7.3.3 OLAF

Por último, no hay una regulación específica, como en el caso de Eurojust y de Europol, de en qué términos participarán los miembros de OLAF en los EECCII, de modo que habrá de estarse a sus normas generales y al acuerdo específico que se suscriba en relación con cada equipo conjunto²⁴⁶. Es evidente que sólo tiene sentido que sus miembros participen en un ECI cuando la investigación penal tenga relación con las propias competencias de la OLAF, sólo entonces la información que pueda esta agencia facilitar - y el análisis de datos que pueda realizar sus miembros - pueden resultar de utilidad para el equipo conjunto.

Antes de finalizar el apartado de los integrantes de los EECCII destaquemos que en el convenio bilateral con Cabo Verde no se precisa que deba existir un jefe y unos miembros ni tampoco que puedan participar órganos o entidades de distinto tipo en el equipo. Es uno de los supuestos en los que, a falta de una ley específica que regule en España los EECCII con terceros Estados de fuera de la UE, surgirá la duda de si la constitución debe seguir este mismo esquema, propio de los equipos europeos, o puede optarse por un sistema más flexible en el que no haya esta atribución de funciones. Este mismo razonamiento puede hacerse en relación con los convenios de NNUU que permiten acudir a esta técnica. El convenio con EEUU se pronuncia expresamente en términos que permiten mucha flexibilidad a las autoridades que constituyen el ECI para acordar los procedimientos de funcionamiento del equipo, como son la composición, duración, localización, organización, funciones, propósito y condiciones de participación de los miembros del equipo de un Estado en las actividades de investigación que tienen lugar en el

²⁴⁴ Concretamente, en el considerando 9º.

²⁴⁵ Artículo 54 de la Decisión Europol.

²⁴⁶ Sobre la participación de OLAF en equipos conjuntos, Cfr. DE MOOR, S., “The Difficulties of Joint Investigation Teams and the Possible Role of Olaf”, en *Evidence Gathering and Joint Investigation Teams*, Revista Eucrim, 3/2009, pág. 94-99.

territorio de otro Estado. Sin embargo, la regulación en el convenio bilateral con Colombia es mucho más precisa y semejante a la europea, con lo que esta disyuntiva en este último caso no se planteará.

8. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN EL EQUIPO

Desde la primera aproximación a esta técnica epígrafes atrás venimos destacando que lo característico de los EECCII es que sus integrantes no necesitarán cursar peticiones de asistencia convencional o instrumentos de reconocimiento mutuo cuando sea preciso obtener una determinada prueba o practicar una concreta diligencia de investigación en otro Estado. Por el contrario, sus miembros podrán pedir las directamente y deberán adoptarse en las mismas condiciones que si fueran solicitadas en el marco de una investigación nacional (art. 13.7 CUE/2000 y art. 7.2 Ley 11/2003). En el mismo sentido, el intercambio de información podrá hacerse directamente, mediante oficios cursados entre las autoridades nacionales implicadas en la investigación, sin que deba invocarse un concreto instrumento jurídico al amparo del cual se transmiten los datos.

De este modo, no será necesaria la elaboración de una rogatoria para acordar diligencias de prueba en otro Estado si las autoridades de éste integran el equipo. Ello obvia tener que acudir a detallar los hechos investigados, la calificación jurídica que merecen, la pena con la que vienen castigados, el instrumento jurídico que se invoca para la prestación de asistencia, el cauce por el que se remite o cualquier otro de los elementos característicos de la asistencia convencional. Por el contrario, el juez de instrucción español, en su condición de jefe del ECI en España, se limitará a comunicar en un mero oficio que ha sido acordada una determinada diligencia de investigación mediante la oportuna resolución dictada en autos (que normalmente se acompañará al oficio) y mediante su transmisión a la autoridad jefe del equipo en el Estado donde deba practicarse la diligencia ésta estará en condiciones de tomar la decisión que proceda.

Ilustrémoslo con un ejemplo: el juez de instrucción español, para que se lleve a cabo una entrada y registro en Francia, tras haber dictado el auto en el proceso español, deberá emitir una comisión rogatoria al amparo del CCE/1959, CAAS/1990 y CUE/2000. En la misma deberán respetarse todos los requisitos exigidos en el art.14 CCE/1959. Sin embargo, si entre las autoridades responsables de la investigación en España y Francia se hubiera constituido un ECI, el juez español se limita a comunicar por un escueto oficio que la entrada y registro ha sido acordada, siendo esto suficiente para que la autoridad judicial francesa proceda a tomar la decisión que corresponda sobre si procede o no su ejecución.

Lo decisivo ahora será esclarecer *de conformidad con qué legislación* se ejecutará la diligencia: *lex loci*, *lex fori* o ambas. Este aspecto, de carácter esencial, no viene resuelto con claridad en nuestro ordenamiento jurídico.

El equipo acomodará su actividad a la legislación del Estado donde esté actuando. Esta previsión viene expresamente recogida en el artículo 13.3 b CUE/2000, pero no tiene sin embargo una traslación expresa en la Ley 11/2003, lo que supone un motivo más de inseguridad jurídica en un aspecto tan sustancial como la legislación aplicable a la actividad de los EECCII cuando actúen en España.

Por otra parte, consagrar la *lex loci* frente a la *lex fori* en los términos en los que lo hace

el CUE/2000 para los EECCII consideramos que no excluye, *per se*, que las formalidades y procedimientos que sean exigibles para obtener prueba según la legislación interna de uno de los Estados que integra el equipo no puedan ser respetadas por los demás integrantes del equipo. Entender lo contrario -por mucho que desde luego el CUE/2000 se preste a ello al parecer que establece una excepción para los EECCII de lo preceptuado con carácter general en el artículo 4 CUE/2000- sería tanto como colocar en peor situación (a efectos de admisibilidad de la prueba) a los EECCII que a los mecanismos tradicionales de obtención de prueba transfronteriza, cosa que sin duda no pretendía el legislador europeo.

Siguiendo con el ejemplo con el que venimos ilustrando el régimen jurídico de obtención de prueba dentro del equipo, la cuestión que estamos ahora planteando es si en el auto que acuerde el registro en Francia, dado que su ejecución se regirá por la legislación francesa, el juez de instrucción español puede determinar las formalidades o procedimientos que solicita sean respetados por las autoridades francesas y si en el oficio en el que transmite la necesidad de practicar el registro puede incluirlos (caso de que no se acompañe y traduzca el auto, pues si lo hace bastaría remitirse a éste). Sostenemos que sí, pues la peculiaridad de los EECCII es que hace innecesaria la rogatoria, pero no merma la posibilidad de poder solicitar que se respeten estos aspectos procedimentales sustanciales para que lo obtenido en el registro francés sea válido para el proceso penal español (por ejemplo, que se documente la cadena de custodia).

Además de criterios de utilidad, como el favorecimiento de la admisibilidad de prueba que hemos adelantado, consideramos que hay otros factores tendentes a considerar que no debe hacerse una interpretación demasiado rigorista de la previsión del artículo 13.3 b CUE/2000 de que se aplique la legislación del Estado donde se lleven a cabo las investigaciones y que sí debe haber margen a que se respeten también las formalidades de los demás Estados:

- El hecho de que exista una figura, como los miembros destinados, nos lleva a considerar que una de las funciones esenciales de éstos será especificar cómo debe obtenerse la prueba en el Estado en el que están destinados, garantizando que se sigan determinados procedimientos y con ello la admisibilidad de la prueba en su Estado de origen.

En el ejemplo expuesto, el miembro español destinado en Francia asesorará a las autoridades francesas durante la práctica de la entrada y registro en la que estará presente, garantizando que conste fehacientemente dónde se encontraron los objetos relevantes para la investigación penal española y adoptando las medidas precisas para asegurar su custodia íntegra en condiciones admisibles en el juicio oral.

- Por otra parte, la propia existencia de un Plan de Acción Operativo, al que dedicaremos nuestra atención próximamente, permite que se recojan en un documento previo estas formalidades y procedimientos, lo que apoya también esta interpretación de que la *lex fori* sí juega dentro del ECI.
- Muestra de ello es también la propia existencia de las “fichas españolas”, que adelantan a las autoridades signatarias del equipo como se intercambia la información y se obtiene la prueba de conformidad con la legislación interna de cada Estado cuando se constituye un ECI, lo que permite, en combinación con las “fichas belgas”, conocer de antemano qué formalidades o procedimientos

deben ser solicitadas expresamente.

A similares conclusiones se llegó en la 9ª reunión de la R/EECCII, que debatió largamente sobre la admisibilidad de la prueba obtenida en los EECCII (como también se hizo en la 7ª, aunque con menor detalle según reflejan sus conclusiones). En la última de las ahora mencionadas, que tuvo lugar en 2014, se enfatizó la conveniencia de tener siempre presente en el ECI no sólo la legislación del lugar donde se practica la diligencia sino también la de los demás Estados que conforman el equipo y que, por tanto, pueden estar llamados a utilizar esa prueba ante sus propios tribunales. Se destacó el papel de los miembros destinados como asesores de los demás miembros en las especificidades que su legislación interna pueda requerir para la admisibilidad de la prueba, por lo que la restricción de su participación en determinadas diligencias debería ser excepcional. Se incidió también en la necesidad de reflejar en el plan de acción operativo o en el acuerdo de constitución que no sólo deberá respetarse la legislación del lugar de ejecución de la diligencia sino también los procedimientos o formalidades de los demás Estados miembros que conforman el ECI. Finalmente, las conclusiones de esta reunión, en lo que a admisibilidad de la prueba se refiere, hacen énfasis en la necesidad de prestar especial atención cuando se trate de prueba obtenida para el equipo pero en un tercer Estado o para otras investigaciones diferentes a las que motivaron su constitución.

Las razones expuestas no obstan para entender que hubiera sido deseable desde luego que el legislador europeo hubiera hecho expresa mención a la *lex fori*. Este aspecto nos parece paradigmático de las importantes deficiencias que a día de hoy presenta la regulación de la obtención de prueba penal transfronteriza en Europa y, específicamente, en lo que a los EECCII se refiere.

9. MODELOS DE ACUERDO DE CONSTITUCIÓN Y PLAN DE ACCIÓN OPERATIVO

Una vez que hemos tenido oportunidad de analizar los distintos componentes de los EECCII, su funcionamiento y el régimen jurídico de las diligencias practicadas en el territorio de uno de los Estados que conforman el equipo, podemos detenernos en un aspecto de carácter formal pero que no deja de tener su trascendencia para la vida práctica del ECI. Nos referimos a cómo documentar el acuerdo de constitución del equipo y su relación y diferenciación de otro documento que será esencial para la operatividad de éste: el Plan de Acción Operativo (en adelante PAO). El Consejo de la UE ha publicado dos modelos de acuerdo de constitución de los EECCII.

El primero de estos modelos se recoge en la Recomendación del Consejo de 8 de mayo de 2003²⁴⁷ y el segundo, a instancia de las conclusiones de la 5ª reunión de la R/EECCII, en la Recomendación del Consejo de 26 de febrero de 2010²⁴⁸.

Ambos modelos son de utilización facultativa, cuestión esta que es crucial para distinguir estos formularios de los que caracterizan a los instrumentos de reconocimiento mutuo y que permite también dar cabida a la introducción en los equipos de peculiaridades propias de algunos sistemas procesales en relación con los correspondientes a otros Estados europeos.

Nos referimos, por ejemplo, al caso español, que, conforme a lo expuesto anteriormente, puede necesitar de alguna casilla diferenciada para recoger la figura

²⁴⁷ DOUE C 121 de 23 de mayo de 2003.

²⁴⁸ DOUE C 70 de 19 de marzo de 2010.

no sólo del Ministerio Fiscal, sino también del Letrado de la Administración de Justicia, dada las funciones que éste tiene encomendadas.

No obstante, haber contado con un modelo único y obligatorio de acuerdo de constitución también tendría ventajas, concretamente la derivada del hecho de que se agilizaría su constitución, pues todas las autoridades de los Estados miembros tendrían que familiarizarse con ese concreto modelo y el proceso de negociación para consensuar la constitución del ECI no incluiría esta cuestión en modo alguno. Quizás un escenario ideal sería aquel en el que existiría un modelo único, aprobado como anexo en una norma europea, pero que dejara margen a la introducción de alguna peculiaridad procesal de los Estados miembros, como que intervengan operadores jurídicos en una categoría propia al margen de los jefes, miembros y participantes.

Los modelos de acuerdo de constitución de EECCII son útiles para simplificar y unificar la creación del equipo y sirven de pauta para recoger las previsiones que resultarán necesarias en su funcionamiento. Y se dice también funcionamiento porque el acuerdo de constitución, tal y como viene configurado en los modelos y en contra de lo que podría deducirse de su denominación, regula no sólo las condiciones de constitución del equipo sino también la vida del mismo mientras esté operativo. Es por ello que es un documento evolutivo, sujeto a modificaciones en función de cómo discorra la investigación. Por otra parte, los modelos son un importante elemento facilitador de la interpretación de la propia normativa europea reguladora de los EECCII. Tienen además el valor añadido de que, en muchos aspectos, recopilan las experiencias y buenas prácticas alcanzadas por los expertos nacionales conforme fueron reflejadas en las conclusiones de sus encuentros anuales.

El modelo del 2010 incluye además otro documento, el PAO, cuya finalidad es diseñar la estrategia por la que debe conseguirse el objetivo del equipo. Puede formar parte del acuerdo, a modo de apéndice, o puede tratarse de un documento independiente que, al ser autónomo, puede permanecer confidencial. Esta es otra de las cuestiones que queda al criterio de cada autoridad judicial: si se suscribe o no un PAO y, lo que entendemos es más importante, si en caso de hacerlo debe o no unirse a autos. Entendemos que una mención en el texto legal nacional de EECCII a la posibilidad de mantener este documento como reservado resulta imprescindible para evitar que esta cuestión se suscite por la defensa durante el enjuiciamiento, pues puede entender vulnerado su derecho a la defensa si se le ha privado, sin sustento legal, de conocer en qué términos fue suscrito el PAO por las autoridades competentes.

10. CESE DEL EQUIPO Y SU EVALUACIÓN

Ya apuntamos *supra* que no viene regulado en la normativa europea, tampoco en la española, si cabe el desistimiento unilateral del ECI por parte de una de las autoridades que inicialmente lo habían constituido. En esta misma línea, tampoco está regulado el momento final del equipo. Nos parece que hubiera sido útil contar con un documento fehaciente que pusiera fin a la actuación del equipo, un “acuerdo de cese” paralelo al acuerdo de constitución. En definitiva, que fuera preciso un trámite concreto que pusiera fin a compartir la información y la prueba libremente entre los integrantes del ECI. Hacerlo así dotaría de seguridad a la actuación de todos ellos y resultaría esclarecedor también para la defensa, que consideramos tiene derecho a conocer cuando cesó esta técnica de investigación. Desde otro punto de vista, al no existir momento de cese del ECI previsto en la Ley (salvo el que se derive de la propia finalización de la fase de investigación en los términos generales contemplados en la LECrim) no existe tampoco

la obligación de comunicar esta resolución al Ministerio de Justicia o a los puntos de contacto nacionales de la R/EECCII. La consecuencia de esto es que si ya es casi imposible conocer los equipos constituidos por España es del todo punto imposible saber si están operativos o si han cesado ya en su actividad.

Tampoco está previsto en la normativa europea o española la necesidad de proceder a la evaluación final del ECI, que sin embargo la práctica se ha demostrado muy conveniente. En varias reuniones de expertos de la R/EECCII se ha discutido cómo debe hacerse esta evaluación final y cuando procede hacerla, ambas cuestiones no han sido en absoluto pacíficas:

-En relación con cómo hacer la evaluación final, las opciones barajadas son, básicamente, hacerla de manera conjunta todos los jefes del ECI - en una reunión presencial con puesta en común y discusión de los resultados- o hacerla por separado. Se ha entendido preferible una evaluación por escrito y por separado de cada jefe que, por otra parte, permite quizás un mayor grado de sinceridad en la evaluación de la técnica.

-El formato en el que realizar la evaluación ha sido desarrollado en el seno de uno de los proyectos desarrollados por la R/EECCII y aprobado en las conclusiones del 8º encuentro.

La plantilla de evaluación contiene un primer apartado relativo a información general sobre el equipo (países que lo integraron y breve descripción del caso) a continuación se debe facilitar detalles relativos a quien ostentó la iniciativa para su constitución (un Estado miembro, un Estado no miembro de la UE o bien Eurojust o Europol) o al propósito perseguido con el equipo, también su duración y si fue prorrogado o modificado el acuerdo en algún otro sentido. Hay una casilla específica para hacer constar si surgió alguna dificultad legal o práctica durante las negociaciones del acuerdo de constitución. Tras ello se evalúa la faceta operativa del ECI, concretamente si se utilizaron medidas especiales de investigación y cuales fueron, así como si surgieron problemas al hacerlo. Se pregunta si se solicitó asistencia a Estados que no eran miembros del ECI y la vía (convencional u otra) utilizada para ello. También si se adoptaron medidas de protección especiales a las víctimas. Los canales de comunicación son objeto de especial atención, de modo que además de especificarlos debe indicarse si surgieron problemas. Atención específica se presta también a si se adoptaron medidas especiales para garantizar la confidencialidad de las actuaciones y si hubo que llegar a acuerdos específicos en relación con la participación de miembros destinados. Se aborda finalmente el enjuiciamiento del caso, preguntando si se llevó a juicio, el número de acusados y de bienes incautados, así como si se valoró la prueba en el tribunal. Para acabar, se interroga sobre el apoyo prestado por Eurojust o Europol, con especial detenimiento en el apoyo financiero al equipo.

-En cuanto al momento en el que proceder a la evaluación, también es controvertido, optándose, con carácter general, por promover la evaluación cuando a juicio de la secretaría de la R/EECCII el equipo ha cesado en su actividad. Consideramos que debe hacerse en un momento ulterior, concretamente cuando haya sentencia firme en todos los procedimientos penales incoados con ocasión de la investigación llevada a cabo por el ECI. Dicho de otro modo y más gráficamente, el éxito del equipo conjunto no puede valorarse en función del número de detenciones practicadas o de bienes incautados. Sólo cuando los tribunales declaren que tales diligencias se practicaron conforme a derecho, que la prueba obtenida es admisible, puede hablarse de un auténtico éxito de la investigación; si la prueba se declarase ilícita por ese tribunal sentenciador es evidente

que la valoración sería distinta. Por tanto creemos que sólo tras sentencia firme puede hacerse una valoración definitiva, sin perjuicio de que antes podamos considerar la conveniencia de evaluaciones provisionales de las que no convendría sacar conclusiones que fueran extrapolables a otros EECCII.

CAPÍTULO III

ENTRAMADO ORGÁNICO PARA LA COOPERACIÓN PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

1. MAGISTRADOS DE ENLACE- 2. REDES JUDIDICIALES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PENAL-2.1 *Red Judicial Europea* -2.2. *Red europea de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de guerra*-3. EUROJUST-3.1 *Su creación y marco normativo*-3.2 *Objetivos y competencias*-3.3 *Composición y funciones*-3.3.1 *Miembros Nacionales*-3.3.2 *El Colegio de Eurojust*-3.3.3 *Célula de coordinación de emergencias*-3.3.4 *Sistema de coordinación nacional de Eurojust*-3.4 *Funcionamiento*-3.5 *Relación con otros órganos de la Unión Europea y con terceros Estados*-3.6 *La creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust*

CAPÍTULO III

ENTRAMADO ORGÁNICO PARA LA COOPERACIÓN PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La cooperación judicial penal en la Unión Europea cuenta con un intenso entramado orgánico cuya finalidad consiste en facilitar la actuación judicial transfronteriza en el ámbito europeo²⁴⁹. Este entramado ha ido evolucionando desde formas singulares – los magistrados de enlace – a formas plurales más complejas – las redes – para culminar en una estructura orgánica con personalidad jurídica propia – Eurojust-. Esta evolución, sin embargo, no ha supuesto la supresión de los estadios anteriores, de modo que actualmente conviven en el espacio judicial europeo un elenco de actores facilitadores de la cooperación internacional cuyo papel, en ocasiones, no es fácil distinguir²⁵⁰.

En España esta materia ha sido objeto de una nueva regulación a través de la reciente Ley 16/2015. En ella centraremos nuestra atención en las próximas páginas, en las que también haremos extensamente referencia a los informes que tras la remisión del anteproyecto el 9 de junio de 2014 fueron emitidos por el CGPJ²⁵¹, el Consejo Fiscal²⁵² y el Consejo de Estado²⁵³.

1. MAGISTRADOS DE ENLACE

La Acción Común 96/277/JAI de 22 de abril de 1996²⁵⁴ constituye el marco normativo para que los Estados miembros, con base en los acuerdos bilaterales o multilaterales que suscriban, puedan intercambiar funcionarios con especial experiencia en procedimientos de cooperación judicial, a los que denomina “magistrados de enlace”. Aunque la regulación europea no lo explicita, lo característico de esta figura es que se traslada a un Estado diferente a aquel del que es funcionario. De ahí que se aluda al “envío” de estos

²⁴⁹ Hoy día, sin embargo, no es una peculiaridad de la cooperación europea, pues existen redes en otros ámbitos. Sobre la proliferación de estas redes cfr. DE JORGE MESAS, L.F., “Redes de cooperación judicial penal en el mundo: la conexión global de redes”, CEJ, 2015. De este modo, sólo Eurojust se mantiene como singularidad de la Unión, pues hasta el momento no hay otra institución que cumpla funciones análogas en otro ámbito regional distinto del europeo. Sobre los actores facilitadores de la cooperación judicial en el ámbito doctrinal cfr. ESCALADA LÓPEZ, M.L., “Instrumentos orgánicos de cooperación judicial: magistrados de enlace, red judicial europea y Eurojust”, en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, M, coord.), Barcelona, 2007, pág. 97-120; Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensiones transfronterizas” en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M, Coord.), Granada, 2008, pág. 271-302, cfr. CARMONA BERMEJO, J., “Instituciones de apoyo a la Cooperación: Red Judicial Europea, Eurojust, Europol, Interpol, Magistrados de enlace, IberRed” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág. 943-988.

²⁵⁰ Esta proliferación de actores facilitadores de la cooperación judicial internacional llevó al CGPJ, al Ministerio de Justicia y a la FGE a aprobar en 2012 una guía conjunta denominada “Guía de buenas prácticas para las autoridades judiciales españolas al recabar la asistencia de los magistrados de enlace, la red judicial europea, Eurojust e iberred”. En este documento, accesible para las autoridades judiciales a través del Prontuario, se pretenden recoger recomendaciones que ilustren cuando resulta conveniente acudir a uno de estos recursos y cuando a otro.

²⁵¹ Informe de 24 de julio de 2014.

²⁵² Informe de 18 de julio de 2014.

²⁵³ Informe de 29 de enero de 2015.

²⁵⁴ DOUE L 105 de 27 de abril de 1996.

magistrados o a su “intercambio” (en este último caso en clara referencia a que haya reciprocidad).

Con el intercambio de magistrados de enlace entre Estados miembros se pretende un doble objetivo: desde el punto de vista operativo, incrementar la rapidez y la eficacia en la cooperación judicial (de modo que sus funciones incluyen cualquier actividad que impulse y acelere la cooperación); desde el punto de vista dogmático, contribuir al intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos, específicamente sobre los sistemas judiciales de los diferentes Estados y su funcionamiento (pudiendo transmitir datos estadísticos e información sobre las relaciones entre los profesionales jurídicos de cada sistema). Su ámbito de actuación puede ser tanto penal como civil.

Tan sólo meses después de promulgada la primera, otra norma europea, la Acción Común 96/602/JAI de 14 de octubre de 1996²⁵⁵, amplió la figura de los magistrados de enlace al permitir su envío a Estados que no fueran miembros de la UE. Si varios Estados miembros envían magistrados de enlace a un mismo tercer Estado podrán establecer entre sí mecanismos para que estos magistrados de enlace desarrollen iniciativas comunes, prestándose asistencia mutua. Por su parte, los Estados miembros que no han enviado un magistrado de enlace a ese tercer Estado pueden beneficiarse de que otros Estados miembros sí lo hayan hecho, pues se dispone:

- que podrán utilizar el magistrado de enlace en su beneficio si existiera acuerdo específico al respecto con el Estado que lo envió,
- aun no existiendo tal acuerdo, podrá, excepcionalmente, dirigir solicitudes de información al Estado miembro que haya destinado al funcionario al tercer Estado, de modo que éste decidirá con autonomía si accede o no a la solicitud,
- por su parte, los funcionarios de enlace suministrarán a sus autoridades nacionales las informaciones relativas a amenazas delictivas contra otros Estados miembros que no estén representados en el tercer Estado por funcionarios propios. Dichas autoridades, tras valorar la gravedad de la amenaza, decidirán sobre la conveniencia de informar al Estado interesado.

Con estas líneas generales sobre la regulación europea de los magistrados de enlace en Estados miembros y en terceros Estados se agota la normativa de la UE sobre esta figura. Específicamente, cómo actuarán los magistrados de enlace en el desempeño de sus funciones no viene regulado en la normativa europea. Sus concretas atribuciones quedan diferidas al ámbito bilateral, esto es, a la regulación que de las mismas se haga en los acuerdos entre los Estados miembros que envíen a estos funcionarios. Ahora bien, esta información no es fácilmente accesible al operador jurídico que puede tener dudas sobre hasta qué punto es posible la intervención de los magistrados de enlace en diligencias concretas. Cabe que se pregunte si es posible que el magistrado de enlace esté presente durante la declaración como testigo realizada en España en virtud de una comisión rogatoria remitida por el Estado que le ha enviado o incluso si está habilitado para participar activamente en dicha diligencia (por ejemplo, formulando preguntas) o sólo puede prestar asesoramiento jurídico en relación a cómo tiene que practicarse la prueba para que surta efecto en el proceso penal sustanciado en el extranjero. También pueden surgir dudas relativas a si pueden incorporarse válidamente al procedimiento penal español los documentos recibidos directamente de dicho magistrado de enlace o si

²⁵⁵ DOUE L 268 de 19 de octubre de 1996.

pueden remitirse al mismo las comisiones rogatorias en lugar de hacerlo a la autoridad central o directamente a la autoridad competente para ejecutarla de conformidad con los convenios. Su acceso a diligencias declaradas secretas o su presencia en diligencias que afecten a derechos fundamentales, como pudiera ser una entrada y registro domiciliario, puede ser también discutible²⁵⁶.

Con la finalidad de dotar a la figura de los magistrados de enlace de la debida seguridad jurídica y de cierta uniformidad en sus funciones -cualquiera que sea el Estado miembro que los mande- sería conveniente que la normativa europea desarrolle en un instrumento normativo específico el elenco de cometidos concretos que, al menos con carácter de mínimos, pudieran desarrollar los magistrados de enlace. Sin embargo no parece que haya intención de legislar en esta área, pues si bien ha habido nuevas iniciativas legislativas en cuanto a otros actores (como la Red Judicial Europea o Eurojust) no la hay en relación con los magistrados de enlace. Coherentemente con esta falta de atención, en los recientes instrumentos de reconocimiento mutuo no hay referencia alguna a esta figura, omisión que resulta sorprendente pues en la práctica desempeñan un papel crucial en la transmisión y seguimiento de la ejecución de instrumentos de reconocimiento mutuo en las causas estrictamente bilaterales.

A pesar de esta falta de normativa europea sobre la materia, tampoco la española esclarece debidamente el papel que en la cooperación judicial internacional de nuestro país deben tener los magistrados de enlace.

En la actualidad, España tiene destacados magistrados de enlace o consejeros de justicia (según sea el Estado miembro o no de la UE) en Reino Unido, Francia, Italia, Marruecos y Estados Unidos. Años atrás lo tuvo también en Colombia. Por su parte, están acreditados en España magistrados de enlace procedentes de Francia, Reino Unido²⁵⁷ y Marruecos.

Históricamente, la primera norma que reguló esta figura en nuestro país fue la Ley 66/1997 de 30 de diciembre²⁵⁸ que en su artículo 65 mencionaba por primera vez a los magistrados de enlace, haciéndolo de manera escueta refiriéndose a ellos como jueces, magistrados o fiscales encargados de desempeñar funciones de cooperación judicial. Su ámbito se limitaba a la Unión Europea, sin contemplar, en consecuencia, el envío de magistrados fuera de la Unión. Esta normativa fue derogada por la Ley 16/2006 de 26 de mayo, que, además de regular el estatuto del miembro nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea²⁵⁹ dedicaba una Disposición Adicional, la primera, a estos magistrados.

La ley 16/2015, con acierto en nuestra opinión, le dedica a esta materia un capítulo propio, el VII. Bajo la rúbrica “Del personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior” regula los magistrados de enlace, los consejeros de cooperación jurídica y los consejeros de justicia. De su articulado destacaremos que remite a la Ley 2/2014 de 25 de mayo de la Acción y el Servicio Exterior del Estado²⁶⁰ en algunos aspectos, como la

²⁵⁶ Sobre la intervención de los magistrados de enlace en la práctica de prueba en el extranjero véase Cfr. RODRÍGUEZ SOL, L., “Los magistrados de enlace”, *Diario La Ley*, 2000. También, cfr. ANDREU MORA I, PUIGSERVER ASOR, C., “Las dificultades de la armonización: la escasa aplicación del derecho procesal europeo” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa* (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO dir/ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord), Cizur Menor, 2012, pág. 174.

²⁵⁷ En la actualidad, Reino Unido tiene dos magistrados de enlace en Madrid, uno de ellos con dedicación principal a la recuperación de activos procedentes de actividades delictivas.

²⁵⁸ BOE de 31 de diciembre de 1997.

²⁵⁹ BOE de 27 de mayo de 2006.

²⁶⁰ BOE de 26 de marzo de 2014.

creación y supresión de estas plazas y el régimen jurídico que será aplicable a esta figura; a su vez remite al Derecho de la UE, a los convenios internacionales o lo acordado en términos de reciprocidad para la creación o supresión de estos puestos, que deberá hacerse por Real Decreto. Por último, atribuye la condición de puntos de contacto de la Red Judicial Europea a los magistrados españoles que estén destinados en un Estado miembro de la UE.

Pero la Ley 16/2015 no regula las concretas funciones que desempeñarán los magistrados de enlace españoles. El informe del CGPJ apuntó la necesidad de una mayor precisión en la delimitación de su cometido, echando en falta normas relativas también a otras cuestiones específicas que se apuntan en el propio informe, como en qué medida el secreto de las actuaciones podía verse afectado por su intermediación o el tratamiento que debe darse a los datos personales en las causas en las que intervengan. A esta indeterminación legal hay que añadir, en línea con lo apuntado anteriormente, que los acuerdos bilaterales firmados entre España y otros Estados para el intercambio o envío de magistrados de enlace no están accesibles al operador jurídico español²⁶¹.

La consecuencia de esta imprecisión legal y de la no publicidad de los acuerdos bilaterales es la falta de seguridad jurídica sobre qué atribuciones corresponden a los magistrados de enlace españoles destacados en otros Estados y, en sentido contrario, a los destacados por otros países en España. Esto hace que puede surgir cierta confusión con la figura, de modo que en cooperación activa los jueces españoles acudan a los magistrados de enlace de otros Estados miembros destacados en Madrid en lugar de a los nacionales que están destacados en los Estados a los que quieren remitir la solicitud de asistencia judicial española. Pero también puede generar cierta indefensión en las partes en el procedimiento, que desconocen en qué términos ha tenido lugar esa intervención del magistrado de enlace y, sobre todo, si ha estado dentro del margen legal o convencional que le resulte de aplicación. Los magistrados de enlace tienen un muy limitado reflejo en la jurisprudencia del TS, pero en alguna ocasión sí se ha puesto de manifiesto el desconocimiento de los operadores jurídicos de los cometidos de estos funcionarios.

Aborda esta materia la STS 5825/2008 de 8 de octubre, que hace referencia a la transmisión de información comunicada por la autoridad italiana (la fiscalía) al magistrado de enlace español en Italia y que éste comunicó a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que se tuviera así por contestada una comisión rogatoria emitida por el órgano judicial español al amparo del CUE/2000. Dice la sentencia que “cuestionar la validez del informe del Magistrado de Enlace supone desconocer la normativa de cooperación internacional existente” para a continuación citar las funciones del miembro nacional de España en Eurojust, cuestión ésta que sorprende por cuanto parece dar a entender que son figuras equivalentes. A continuación, esta vez con acierto en nuestra opinión, cita la normativa entonces vigente en aquel momento respecto a los magistrados de enlace, la disposición adicional 1ª de la Ley 16/2006, expresamente en lo que se refiere a que deberán promover y facilitar la cooperación jurídica en materia civil y penal entre España y el Estado ante el que estén acreditados y favorecerán el contacto directo entre las autoridades judiciales de ambos Estados. Concluimos, en consecuencia, que el TS sostiene la validez de la intermediación del magistrado de enlace para transmitir la información recabada en ejecución de la rogatoria que fue debidamente cumplimentada por la autoridad judicial competente en Italia, la fiscalía, aunque ciertamente la expresión utilizada en la STS de que no puede cuestionarse la validez del informe del magistrado de enlace se presta a cierta confusión.

²⁶¹ No lo están, por ejemplo, en la aplicación www.prontuario.org que es la página de referencia para los operadores jurídicos españoles en el área de la cooperación judicial internacional.

2. REDES JUDICIALES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PENAL

La proliferación de redes de distintos ámbitos en la cooperación judicial internacional española es muestra significativa de cómo el fenómeno de la asistencia *inter pares* ha demostrado ser de extraordinaria utilidad. Encontramos redes nacionales y de ámbitos internacionales distintos.

En el ámbito nacional, cronológicamente la red que primero se constituyó fue la Red Judicial Española de Cooperación Internacional o REJUE, operativa desde 1998. Está conformada por magistrados (60 concretamente) especialistas en cooperación civil o penal, conforme a las dos subdivisiones que tiene la red. Estos magistrados compatibilizan sus funciones ordinarias con la de asistir o prestar apoyo a los jueces y magistrados en cuantas cuestiones de cooperación internacional lo precisen. Coordinados desde el Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, entre sus funciones se encuentra también la de elaborar estudios, promover y participar en las actividades de formación en materia de cooperación internacional (art. 81-85 del Reglamento 1/2005 de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales)²⁶². En 2002 se constituyó la Red de Fiscales de Cooperación Internacional²⁶³, cuyas funciones vienen descritas en las Instrucciones 2/2003 y 2/2007 de la Fiscalía General del Estado y en 2010 la Red de Secretarios Judiciales (RESEJ)²⁶⁴ regulada en la Instrucción 6/2010 de la Secretaría General de la Administración de Justicia.

En ocasiones se sostiene que el funcionamiento de estas redes no es idéntico, que dentro de las redes nacionales hay redes operativas y otras que no lo son. Lo característico de la red es poder prestar asistencia técnica y servir de intermediación entre las autoridades judiciales emisoras y ejecutoras, cuestiones éstas que sí son comunes a todas ellas. Se puede considerar que la única que además puede llevar a cabo funciones operativas es la Red de Fiscales, toda vez que la unidad que informa a la fiscalía facilita que cualquier fiscal pueda realizar actos con validez procesal en relación con una concreta comisión rogatoria de la que ha tenido conocimiento por su pertenencia a la red. En este caso, en nuestra opinión, lo que con rigor ocurre es que la condición de integrante de la red y autoridad judicial competente se superpone en una misma persona. Esto puede pasar también con integrantes de la REJUE o de la RESEJ, pero estadísticamente será más improbable porque no será fácil que en estos casos coincida en una misma persona la condición de autoridad competente y punto de contacto (con la salvedad de los partidos judiciales con órganos especializados en cooperación penal pasiva, cuyos magistrados titulares son también puntos de contacto de las redes). En definitiva, desde la perspectiva conceptual es importante tener presente que lo propio de la red es la intermediación, la agilización y la asistencia técnica, no la ejecución de la rogatoria que, si se realiza, es por tener simultáneamente otra condición: la de autoridad judicial competente en el caso concreto de que se trate.

A las redes europeas dedicaremos atención en este epígrafe pero antes destaquemos que, fuera ya del plano nacional, hay otra red que cada día resulta de mayor utilidad: Iber-

²⁶² Sobre la REJUE cfr. ANDREU MORA, I. y PUIGSERVER ASOR, C., “Las dificultades de la armonización: la escasa aplicación del derecho procesal europeo” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa* (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir/ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord), Cizur Menor, 2012, pág.180-183.

²⁶³ Sobre ésta última, Cfr. JIMENEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La red de fiscales de cooperación judicial internacional. Especial referencia a la Instrucción 2/2003 de la Fiscalía General del Estado” en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007, pág. 233-262.

²⁶⁴ Sobre la RESEJ, cfr. REVILLA PÉREZ, L., “El secretario judicial y la cooperación jurídica internacional” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.) Barcelona 2013, pág. 403-420.

Red o Red Iberoamericana de cooperación Judicial²⁶⁵. Creada en 2003, es una estructura de puntos de contacto con representantes de Ministerios de Justicia, Fiscalías, Poderes Judiciales y Autoridades Centrales de 22 Estados de la comunidad iberoamericana (por tanto, incluyendo a España, Portugal y Andorra) y del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Tiene como finalidad agilizar y reforzar la cooperación judicial en este entorno. El funcionamiento es similar al que se describirá con ocasión de la Red Judicial Europea, red de la que siguió el ejemplo, por lo que nos remitimos a lo que diremos a continuación.

En la UE se han constituido varias redes para su actuación en la esfera de la asistencia judicial internacional, si bien con distintas finalidades y con desigual importancia. Específicamente en cooperación judicial penal debe destacarse la Red de Equipos Conjuntos de Investigación Penal (R/EECCII), la Red Judicial Europea (en adelante RJE) y la Red Europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra²⁶⁶.

2.1 Red Judicial Europea

La Acción Común 98/428/JAI de 29 de junio de 1998²⁶⁷, actualmente derogada, creó la RJE como una estructura destinada a facilitar los contactos directos entre autoridades responsables de la cooperación penal en la lucha contra las formas de delincuencia grave en los Estados miembros.

Consiste en un entramado de puntos de contacto nacionales, que deberán ser designados por cada Estado miembro según sus propios procedimientos entre las personas que, con responsabilidad en la cooperación judicial, tengan asimismo un conocimiento suficiente de lenguas extranjeras que facilite su comunicación con otras autoridades²⁶⁸.

La proliferación de instrumentos de cooperación que generalizan la comunicación directa entre autoridades judiciales (CUE/2000 y los diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo que se fueron paulatinamente promulgando) hizo necesario reforzar la RJE, cuestión ésta acometida por la Decisión 2008/976/JAI del Consejo²⁶⁹, constituyendo esta norma la regulación europea vigente hoy día. Con el nuevo texto se convierte en imperativo que los magistrados de enlace formen parte de la red como

²⁶⁵ Esta Red Iberoamericana de cooperación judicial es parte de la idea de crear un Espacio Judicial Iberoamericano plasmada en la Declaración de Canarias de mayo de 2001 de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Superiores de Justicia. Se creó mediante la declaración Copán-San Salvador en el IV Encuentro de Consejos de la Judicatura y la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia celebrados en junio de 2004. Sobre Iber-red, Cfr. MORENO CATENA, V., “La cooperación judicial internacional en iberoamerica. El papel de IberRed”, *Diario La Ley*, nº 7309, 2009.

²⁶⁶ Dado que de la R/EECCII nos hemos encargado en el capítulo precedente analicemos ahora cómo operan las otras dos.

²⁶⁷ DOCE L 191 de 7 de julio de 1998.

²⁶⁸ Cada Estado decide no sólo el procedimiento para designar puntos de contacto de la RJE sino también el número mismo de dichos puntos, de modo que hay Estados con una decena de miembros mientras que otros pueden llegar a más de dos docenas. En España tradicionalmente han venido limitados los nombramientos a dos o tres personas por institución (Ministerio de Justicia, Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ y Unidad de Cooperación Internacional de la FGE) si bien recientemente se ha ampliado el número de personas de contacto en la RJE designando también magistrados y fiscales de distintas partes del territorio nacional y muy especialmente de aquellas áreas con más intensa actividad de cooperación internacional.

²⁶⁹ DOUE L 348 de 24 de diciembre de 2008.

asociados a ésta (así lo establece también la normativa española, como apuntamos en el epígrafe anterior, concretamente lo hace el art. 39 Ley 16/2015).

Además de institucionalizar la existencia de una Secretaría específica de la red, que será responsable de su administración, la DM 2008/976 crea dos figuras por Estado miembro: el corresponsal nacional y el corresponsal de herramientas. El primero debe velar por el funcionamiento interno de la red y será el contacto en su Estado con la Secretaría de la RJE (art. 35 y 36 Ley 16/2015, detallando la norma española que será también responsabilidad del corresponsal la recopilación de estadísticas y la representación de España en la red en las reuniones de corresponsales nacionales). El corresponsal de herramientas, por su parte, debe mantener actualizada la información concerniente a su Estado miembro (art. 37 Ley 16/2015). De conformidad con el artículo 18 Ley 16/2015 el coordinador nacional de la RJE y dos puntos de contacto pertenecientes a las otras dos instituciones formarán parte del sistema de coordinación nacional de Eurojust. Con esta participación de los puntos de contacto de la RJE en el sistema nacional de Eurojust se pretende una mayor imbricación entre ambas instituciones, cuestión ésta que, como expondremos, no siempre se produce de manera fluida.

El nombramiento de los integrantes de la RJE está residenciado en el Ministerio de Justicia, también el de quien ejercerá las funciones de corresponsal de herramientas. El punto de contacto de la RJE que actúa de corresponsal nacional sigue un turno rotatorio por periodos de dos años por institución con representante en la red (CGPJ, la FGE y el Ministerio de Justicia)²⁷⁰.

Los puntos de contacto, como señala el artículo 34 Ley 16/2015, son intermediarios activos de las peticiones de cooperación entre autoridades judiciales de distintos Estados miembros, proporcionando información jurídica y práctica que mejora la cooperación²⁷¹. La regulación europea de los diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo hace referencia a la RJE en el ámbito específico de la transmisión, esto es, en cuanto a la posibilidad de contactar con el punto nacional de la red para averiguar qué autoridad judicial del Estado de ejecución será la competente para ejecutar el instrumento emitido. Esta previsión ha sido trasladada también a la legislación española que regula el reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE en nuestro país²⁷².

La RJE ha constituido un éxito rotundo desde sus primeros momentos. La especialización de sus miembros y el conocimiento personal de éstos a través de sus reuniones periódicas han puesto en marcha un mecanismo (basado en la confianza y en las relaciones personales) que ha facilitado notablemente la cooperación judicial penal europea.

²⁷⁰ El informe del CGPJ recogía la conveniencia de este sistema rotatorio para así consolidar una práctica que venía desarrollándose de manera satisfactoria en los últimos años. Destacaba también el informe que no existe en la UE el coordinador nacional de la red de ECI, si bien no se veía obstáculo en que se creara esta figura para España.

²⁷¹ El artículo 34 Ley 16/2015 recoge otras obligaciones, como la de elaborar una estadística anual, cuestión que fue sugerida en el informe del CGPJ dada la importancia que estos datos tienen para poder contar con una panorámica real del volumen de cooperación judicial activa y pasiva de nuestras autoridades judiciales.

²⁷² Artículo.8 de la Ley 23/14 de 20 de noviembre, de reconocimiento de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE 21 de noviembre 2014).

Su funcionamiento podría sintetizarse de la siguiente manera²⁷³: cuando un juez o fiscal español emite una comisión rogatoria, sin perjuicio de su remisión por el cauce formal previsto en el convenio en que base su solicitud de asistencia, puede enviar una copia de la misma al punto de contacto español de la RJE, que lo hace llegar a su homólogo del Estado requerido, con el que mantiene una fluida relación en base a la confianza y conocimiento personal antes reseñado. Éste gestiona que la autoridad competente en su Estado reciba la comisión e informa de los avatares de la solicitud de asistencia internacional a su homólogo español que, a su vez, mantiene informada a la autoridad judicial nacional emisora de la rogatoria. Desde la perspectiva pasiva, el punto de contacto de la RJE puede facilitar información sobre qué autoridad sería la competente para ejecutar una rogatoria que deba ser recibida en España o puede coordinar la ejecución si son varias las autoridades implicadas. Esta misma mecánica de funcionamiento es predicable en relación con los instrumentos de reconocimiento mutuo.

Uno de los elementos de la RJE que más utilidad reporta al operador jurídico nacional es la página web de la red²⁷⁴, donde se cuenta con aplicaciones informáticas que facilitan extraordinariamente la elaboración de comisiones rogatorias (aplicación denominada “wizard”, que está previsto se amplíe en breve a la elaboración de instrumentos de reconocimiento mutuo), el atlas judicial (con información de los datos de localización de la autoridad a la que debe dirigirse la rogatoria o el instrumento de reconocimiento mutuo - como dirección postal, fax, correo electrónico y teléfono -) y las llamadas “fichas belgas”, donde se resume la legislación interna de cada Estado miembro en relación con las diferentes diligencias de investigación que pueden ser objeto de la solicitud de asistencia judicial internacional, permitiendo incluso realizar un análisis comparativo de las respectivas legislaciones.

Las “fichas belgas” se refieren a las siguientes diligencias de investigación: localización e interceptación de telecomunicaciones, entradas y registros, agentes encubiertos e informadores, registros corporales, embargos, decomisos y restitución de bienes, citación y audiencia de testigos e investigados, operaciones transfronterizas y medidas sobre instrumentos de reconocimiento mutuo.

Por otra parte, los puntos de contacto de la RJE cuentan con un sistema propio de telecomunicaciones seguro, que facilita el intercambio de información con la debida seguridad. No obstante, este recurso no es muy utilizado en la práctica, siendo habitual que cada punto de contacto use su propia cuenta institucional como juez, fiscal o representante del Ministerio de Justicia.

Es siempre controvertida la relación entre la RJE y Eurojust, pues pudiera pensarse que su existencia simultánea genera cierta duplicidad. En este sentido los considerandos de la Decisión 2008/976/JAI enfatizan que es necesario mantener ambas estructuras, y se dedica un artículo específico a la relación entre ambas, resaltando el carácter privilegiado de sus relaciones y la necesidad de un intercambio fluido de información entre ellas. Al menos teóricamente podría sostenerse que el operador jurídico debe acudir a Eurojust cuando en la asistencia judicial la remite a dos o más Estados miembros, mientras que cuando se trata de un ámbito bilateral, donde sólo están implicados una autoridad judicial requirente o de emisión y otra requerida o de

²⁷³ En la 33ª reunión plenaria de la Red Judicial Europea, que tuvo lugar el 23 y 24 de noviembre de 2009, se adoptó el Manual de la Red (Documento EJM/2009/7), donde se describe con detalle las funciones y el ámbito de responsabilidad de sus integrantes.

²⁷⁴ Disponible en inglés y francés (aunque paulatinamente se va extendiendo la traducción de los principales campos a otros idiomas de la Unión Europea), el enlace a la misma es: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu>

ejecución, estas funciones las debe realizar el punto de contacto de la RJE. Ahora bien, no se puede afirmar categóricamente que en la práctica esto sea siempre así, pues en no pocas ocasiones Eurojust interviene aunque sólo haya dos Estados miembros implicados. Por otra parte conviene tener presente que Eurojust tiene a su vez limitadas sus funciones a las formas más graves de delincuencia, de modo que, aunque afectase a varios Estados miembros, si la solicitud de asistencia convencional o el instrumento de reconocimiento mutuo fuere relativo a un delito de entidad menor la intermediación debería realizarse a través de la RJE.

2.2 Red europea de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra

La finalidad de esta red es favorecer la cooperación estrecha entre los Estados de la UE en relación con delitos como el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra, para la localización de personas implicadas que se refugian dentro de las fronteras de la Unión. La red se constituyó mediante Decisión del Consejo 2002/494/JAI de 13 de junio²⁷⁵ con el objetivo de que los puntos de contacto nacionales intercambien información sobre la investigación de estos delitos. Su Secretaría se constituye también dentro del personal de Eurojust en virtud de la Decisión 2009/426/JAI por la que se refuerza esta institución.

En la Ley 16/2015 sólo encontramos una mención expresa a esta red en el sentido de que un punto de contacto de la misma deberá formar parte del sistema de coordinación nacional de Eurojust.

3. EUROJUST

3.1 Su creación y marco normativo

Eurojust es un órgano de la UE que cuenta con personalidad jurídica propia y cuya misión consiste en coordinar y dotar de eficacia a la lucha contra el crimen organizado dentro del espacio europeo. Eurojust no tiene parangón en el resto del mundo, o dicho de otro modo, ninguna otra organización internacional ha constituido un órgano con la finalidad exclusiva de facilitar y coordinar la cooperación judicial penal. Sin duda sólo cabe entender su existencia partiendo de la premisa del proceso de integración que vive Europa con la UE, máxime tras la proclamación explícita del objetivo de constituir un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia²⁷⁶.

El origen de su concepción se remonta al Consejo Europeo celebrado los días 15 y 16 de octubre en la ciudad finlandesa de Tampere, que ideó la creación de una unidad específica para facilitar la cooperación penal transfronteriza entre los Estados miembros. Concretamente, su conclusión número 46 rezaba: “Para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, el Consejo Europeo ha acordado crear una

²⁷⁵ DOUE L 167 de 26 de junio de 2002.

²⁷⁶ Sobre Eurojust cfr. GUTIERREZ ZARZA, A., “Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust” en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEGO, C, dir.) Valladolid, 2010 pág. 72-84; Cfr. LOPES DA MOTA, J.L., “Espacio judicial europeo y Eurojust”, IRURZUN MONTORO, F., “El diseño institucional de los órganos de cooperación en materia policial y judicial penal: COSI, Europol, Eurojust y el Fiscal Europeo” ambos en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007, pág. 199-206 y pág. 217-231 respectivamente.

unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro, con arreglo a su ordenamiento jurídico. La misión de EUROJUST consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose en análisis de Europol, así como en cooperar estrechamente con la red judicial europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias. El Consejo Europeo pide al Consejo que adopte el instrumento jurídico necesario antes de que finalice 2001.”

En el Derecho originario, es el Tratado de Niza el que, al modificar el artículo 31 del Tratado de la Unión, prevé Eurojust como órgano facilitador y acelerador de la cooperación judicial en materia penal. Para ello se le atribuye un papel coordinador en los casos de delincuencia transfronteriza grave (singularmente delincuencia organizada) en estrecha relación con Europol y con la RJE (para facilitar la ejecución de comisiones rogatorias y de solicitudes de extradición). Asimismo, tras el Tratado de Lisboa, el artículo 85 TFUE viene dedicado a Eurojust. En coherencia con las reformas en el proceso legislativo, y la decisiva participación actual del Parlamento Europeo en las cuestiones de cooperación judicial penal, se establece la premisa de que a través de reglamentos, adoptados conforme al procedimiento legislativo ordinario, podrán determinarse la estructura, el funcionamiento, el ámbito de actuación y las competencias de Eurojust.

En cuanto a la regulación europea específica sobre este órgano debemos partir de la Decisión 2000/799/JAI del Consejo, de 14 de diciembre de 2000²⁷⁷, que crea la Unidad provisional de cooperación judicial -antecedente inmediato de Eurojust- dentro de la infraestructura del Consejo. Se pretendía con ello que su experiencia sirviera de punto de partida. Con sede en Bruselas, se preveía que dejara de surtir eficacia en el momento en que se constituyera Eurojust. Efectivamente así fue tras la creación efectiva de Eurojust mediante la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia²⁷⁸. Su disposición transitoria atribuía a los miembros nacionales de la Unidad provisional de cooperación judicial la función de miembro nacional de Eurojust hasta que tuviera lugar la designación definitiva de éstos, garantizando así la continuidad entre ambas unidades de cooperación. La sede de este nuevo órgano de la Unión Europea se fijó en La Haya, en virtud de la Decisión adoptada de común acuerdo por los representantes de los Estados miembros, reunidos a escala de Jefes de Estado o de Gobierno, de 13 de diciembre de 2003²⁷⁹.

Dos Decisiones han modificado Eurojust tal y como esta fue concebida en la Decisión 2002/187/JAI:

- La Decisión 2003/659/JAI del Consejo, de 18 de junio de 2003²⁸⁰, que incide en su régimen presupuestario, acomodando la gestión de su presupuesto general a las normas y procedimientos comunitarios;

²⁷⁷ DOUE L 324 de 21 de diciembre de 2000.

²⁷⁸ DOUE L 63 de 6 de marzo de 2002.

²⁷⁹ DOUE L 29 de 3 de febrero de 2004.

²⁸⁰ DOUE L 245 de 29 de septiembre de 2003.

- Y la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008²⁸¹, por la que se refuerza Eurojust, en lo que puede calificarse como una reforma decisiva en las funciones que le vienen encomendadas.

Por tanto, la regulación europea vigente hoy día viene constituida por la versión consolidada de la Decisión 2002/187/JAI con las modificaciones arriba expuestas (por claridad expositiva, nos referiremos al texto consolidado como Decisión Eurojust).

No obstante, la Comisión Europea ha presentado una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia Europea de Cooperación en materia de Justicia Penal (Eurojust) en fecha 17 de julio de 2013, estando hoy día en tramitación ante las instituciones de la UE²⁸². Por tanto, son previsibles a corto plazo nuevos cambios, y de entidad, en la regulación de este órgano²⁸³.

Por otra parte, el funcionamiento interno de Eurojust viene regulado en un Reglamento propio²⁸⁴ que se centra fundamentalmente en su organización, funcionamiento y normas, las relaciones con las instituciones y órganos de la Unión y el personal. El tratamiento y la protección de datos personales en Eurojust, sin embargo, se articulan a través de una normativa diferente y específica²⁸⁵.

En lo que a España concierne, la Ley 16/2006 reguló por primera vez el estatuto del miembro nacional español en Eurojust, implementando con ello la Decisión 2002/187/JAI. Pero era necesario llevar a cabo modificaciones legislativas para trasponer también a nuestro derecho las reformas aprobadas en la UE en el 2009. Los Estados miembros debían adaptar su legislación nacional a la Decisión 2009/426 antes del 4 de junio de 2011, habiéndolo hecho España sólo en fechas muy recientes, concretamente con la publicación el 8 de julio de 2015 de la Ley 16/2015.

Desde que expirara el plazo para la implementación en España de la Decisión 2009/426, el CGPJ y la FGE vinieron instando al Ministerio de Justicia para que presentara un anteproyecto de ley que adecuase al Derecho de la UE la regulación española de Eurojust. Significativo de los múltiples esfuerzos que se hicieron es el hecho de que en fecha 31 de octubre de 2012 ambas instituciones, CGPJ y FGE, presentaron un escrito al Ministerio de Justicia impulsando la trasposición y sugiriendo, de común acuerdo, en qué términos debería ser implementada en España la nueva Decisión. No fue, sin embargo, hasta mayo de 2014 que el anteproyecto se elaboró – sin tomar como referencia los consensuados que le habían sido remitidos -. En su informe, el Consejo de Estado calificaba de urgente la implementación en España de la Decisión 2009/426 (también de la Decisión Marco 2009/948 relativa a la prevención de conflictos de jurisdicción) a la vista de que había transcurrido ampliamente el plazo atribuido a tales efectos a los Estados miembros.

En la misma línea que su antecesora, esta Ley 16/2015 regula el estatuto del miembro nacional español²⁸⁶ y del resto del personal que compone la delegación (o la apoya). El

²⁸¹ DOUE L 138 de 4 de junio de 2009.

²⁸² Documento COM(2013) 535 final de 17 de julio de 2013.

²⁸³ No analizaremos las novedades de la propuesta de Reglamento sobre Eurojust porque el expediente está paralizado en espera de la evolución que sufra otra propuesta, la de la Fiscalía Europea, por lo que es prematuro avanzar en qué términos quedará Eurojust tras esta nueva iniciativa legislativa.

²⁸⁴ DOUE C 286 de 22 de noviembre de 2002.

²⁸⁵ DOUE C 68 de 19 de marzo de 2005.

²⁸⁶ El anteproyecto se refería al miembro nacional, sin mayor especificación. Fue el informe del CGPJ el que apuntó la conveniencia de referirse al miembro nacional español para permitir desligar esta figura y

correcto entendimiento de esta legislación nacional exige tener presente la norma europea pues será ésta la que definirá qué es Eurojust, cómo funciona el Colegio y otras cuestiones de capital importancia que no deben ser objeto de implementación por los Estados miembros pero que, no obstante, deben ser conocidas por sus autoridades. Nos parece, en este sentido, que es lógico que el articulado de la Ley 16/2015 no mencione estas materias (pues hacerlo podría dar lugar a contradicciones con la literalidad de la regulación europea) pero echamos en falta alguna explicación más prolija o detallada en el preámbulo de la Ley 16/2015, de modo que el operador jurídico español comprendiese, sin necesidad de un estudio pormenorizado de la norma europea, qué es y cómo funciona Eurojust como órgano, al margen de la regulación de la delegación española que sí viene suficientemente explicitada en la ley²⁸⁷.

Lo que sí hace el preámbulo, con indudable acierto en nuestra opinión, es explicar por qué era necesario una nueva ley y no resultaba suficiente la mera reforma de la anteriormente vigente²⁸⁸. La entidad de los cambios (en cuanto a competencias del miembro nacional, la creación en España de mecanismos novedosos, como el sistema de coordinación nacional, o de nuevas figuras de la delegación española, como el suplente del miembro nacional) lo hacía imprescindible.

3.2 *Objetivos y competencias*

Los objetivos de Eurojust (fomentar la coordinación y la cooperación en las investigaciones y actuaciones judiciales de los Estados miembros, apoyándolos en aras a obtener una mayor eficacia judicial) deben perseguirse en relación con unas formas concretas de delincuencia, es decir, en relación con las infracciones encuadradas específicamente dentro de la competencia de Eurojust.

Tras la reforma operada por la Decisión 2009/426, en la Decisión Eurojust estos delitos vienen delimitados de conformidad con dos criterios:

su regulación de las otras menciones que se contienen en el texto a miembros nacionales que pueden serlo de otros Estados miembros.

²⁸⁷ También a esta cuestión prestó atención el informe del CGPJ pues en el mismo se destacaba que el anteproyecto en ocasiones transcribía cuestiones propias del Derecho de la Unión Europea cuestión ésta innecesaria y que podía provocar colisión entre ambas regulaciones. De hecho, el régimen de consultas del miembro nacional español con las autoridades de otros Estados entraba en colisión con la regulación de la UE por transcribir en la legislación española cuestiones que eran Derecho europeo que no debían ser implementadas por nuestro país. Nos referimos al artículo 30.2 inciso último del anteproyecto, que, tras las observaciones del informe del CGPJ sobre este particular, fue acertadamente suprimido.

²⁸⁸ Esta cuestión no siempre fue vista así desde el Ministerio de Justicia, mientras que la FGE y el CGPJ sí insistieron siempre en la necesidad de un nuevo texto legal. Ilustrativo al respecto es el informe elaborado por el equipo evaluador que visitó España con ocasión de la 6ª ronda de evaluaciones mutuas, ronda que versaba sobre “Aplicación práctica y funcionamiento de la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas más graves de delincuencia y de la Decisión 2008/976/JAI del Consejo sobre la Red Judicial Europea en materia penal”. Los evaluadores dan cuenta de cómo los representantes ministeriales tenían dudas sobre la necesidad de promulgar una nueva ley, abogando durante la visita por hacer la implementación mediante Real Decreto, si bien esta idea fue finalmente abandonada, cuestión de la que también da cuenta el informe (entre la celebración de la visita -febrero de 2014- y la emisión del informe, septiembre de ese mismo año, se presentó el anteproyecto de ley que dio finalmente lugar a la aprobación de la actual Ley 16/2015).

- En primer lugar, los delitos que son a su vez competencia de Europol y delitos conexos a dichos tipos. Hay una remisión, por tanto, a la Decisión Europol²⁸⁹. Conforme a la misma, deben concurrir simultáneamente dos criterios:

* Que el delito afecte a dos o más Estados miembros de tal modo que, debido al alcance, gravedad y consecuencias de los actos delictivos, se requiera una actuación conjunta de los Estados miembros;

* Que se trate de delincuencia organizada, terrorismo u otras formas graves de delincuencia encuadrables en las específicas categorías delictivas que se mencionan en el anexo de la Decisión o bien se trate de delitos conexos a éstos.

- En segundo lugar, la Decisión de Eurojust recoge una cláusula de cierre, de modo que para cualquier otro tipo de infracción penal podrá intervenir Eurojust, a título complementario y de conformidad con sus objetivos, a instancia de la autoridad competente de un Estado miembro. De esta segunda opción interesa destacar – porque suele obviarse – la limitación que supone que Eurojust deba actuar “de conformidad con sus objetivos” en el sentido de que éstos se fijan expresamente en el marco de investigaciones y actuaciones que afecten a dos o más Estados miembros y *vayan referidas a delincuencia grave, en particular en casos de delincuencia organizada*. Por tanto, si afecta a dos Estados miembros pero no se trata de delincuencia grave u organizada la base legal para la actuación de Eurojust es discutible. Y se dice esto porque en la práctica se observa con cierta frecuencia que este órgano de la UE interviene en casos que claramente no pueden calificarse como delitos graves o de delincuencia organizada.

Sin perjuicio de destacar la importancia de la citada cláusula de cierre incluso teniendo en cuenta la limitación implícita en la misma, nos parece que hubiera sido deseable que Eurojust fuera expresamente competente, al menos, en las treinta y dos categorías delictivas recogidas con carácter general en la gran mayoría de instrumentos de reconocimiento mutuo para eximir del control de doble tipificación de la conducta²⁹⁰. Pero no ha sido esa la voluntad del legislador europeo. En este sentido, es especialmente importante tener presente que no puede equipararse el listado de delitos competencia de Europol²⁹¹ con este listado de delitos recogidos en los instrumentos de reconocimiento

²⁸⁹ Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009 por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol), DOUE L 121 de 15 de mayo de 2009.

²⁹⁰ Nos referimos al listado del artículo 20.1 LRM, incluso aunque quedaran fuera las siete restantes previstas en el artículo 20.2 LRM para las sanciones pecuniarias (pues éstas últimas enlazan con la posibilidad de que se trate de sanciones administrativas y desde luego en ello no parece proporcionado que actúe este órgano de cooperación penal de la Unión que es Eurojust).

²⁹¹ Coincide parcialmente porque sí sería competencia de Europol, y por tanto de Eurojust, la organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro, delitos informáticos, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, ayuda a la entrada y a la residencia en situación ilegal, homicidio, lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, atraco organizado a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión, falsificación y piratería de productos, falsificación de documentos administrativos y tráficos de documentos administrativos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares y el tráfico de vehículos robados. Sin embargo, estaría excluidas otras categorías delictivas como la

mutuo en los que se exige del control de doble tipificación. La conclusión es que RJE y Eurojust son mecanismos complementarios, llamados cada uno a intervenir en casos de diferente tipología.

Durante el año 2014, de los casos registrados en Eurojust en relación con España, 17 eran de carácter multilateral y 70 eran bilaterales²⁹², siguiendo en esto la tónica de todos los demás países, lo que a nuestro juicio es significativo de que en la práctica no siempre se corresponde con lo previsto en la normativa europea los casos que se tratan por la RJE y los que lo hacen en Eurojust.

3.3 Composición y funciones

Eurojust está compuesto, por una parte, por los miembros nacionales destacados de cada Estado miembro (y su suplente y asistentes), y por otra, por el Colegio, órgano de actuación colegiada de dichos miembros nacionales. Al margen de estos componentes principales, merecen mención específica tanto la célula de coordinación de emergencias como los respectivos sistemas de coordinación nacionales.

Al frente del órgano hay un presidente de Eurojust y dos vicepresidentes, elegidos entre los miembros nacionales de los 28 Estados miembros y por ellos mismos. Como es lógico, cuenta asimismo con personal propio, como un encargado de protección de datos y un servicio legal.

3.3.1 Miembros Nacionales, suplentes y asistentes

Los miembros nacionales pueden ser fiscales, jueces, o funcionarios de policía con competencias equivalentes. De este modo, al atribuir a cada Estado la elección del cuerpo al que pertenecerá el miembro nacional se respetan las respectivas tradiciones jurídicas en relación con los responsables de la investigación criminal, pues en este aspecto hay importantes discrepancias en los países de nuestro entorno.

Una de las cuestiones más polémicas de la trasposición en España de la Decisión 2009/426 era la opción que debería tomar el legislador sobre si mantenía o no el sistema anterior de designación del miembro nacional por el Ejecutivo o si, como reivindicaban CGPJ y FGE, debería ser un nombramiento al margen de éste cuya responsabilidad recayese exclusivamente en los órganos de gobierno de jueces y magistrados o de fiscales. Finalmente, el artículo 2 Ley 16/2015 reside en el Consejo de Ministros el nombramiento, de modo que sigue la estela de la regulación precedente, si bien con alguna mejora en comparación con la situación anterior como la inclusión en el nuevo texto legal de la exigencia de que para cubrir el puesto se realice una convocatoria pública aprobada por el Ministerio de Justicia y difundida entre la carrera judicial y

violación, el incendio provocado, los delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, el secuestro de aeronaves y buques, y el sabotaje (que forman parte de las treinta y dos categorías delictivas clásicas en los instrumentos de reconocimiento mutuo) y las conductas contrarias a la legislación de tráfico, incluidas las infracciones a la legislación sobre tiempos de conducción y de descanso, y a las normas reguladoras del transporte de mercancías peligrosas, contrabando de mercancías, amenazas y actos de violencia contra las personas, incluida la violencia durante los acontecimientos deportivos, vandalismo, robo, e infracciones establecidas por el Estado de emisión e incluidas en las obligaciones de aplicación que se derivan de los instrumentos adoptados en virtud del Tratado de la CE o del Título VI del Tratado de la UE (que completan las treinta y nueve categorías del instrumento relativo a sanciones pecuniarias).

²⁹² Dato extraído del Informe anual de Eurojust de 2014.

fiscal, así como la necesidad de contar con informe de estas instituciones con carácter previo al nombramiento²⁹³.

El miembro nacional deberá tener su lugar de trabajo habitual en la sede de Eurojust y estará necesariamente asistido por un suplente y un asistente; al menos el suplente deberá poder sustituirle (que pueda hacerlo en el caso español lo prevé el art. 6.1 Ley 16/2015).

La mención específica a que tenga su sede permanentemente en Eurojust parece superflua para Estados como España, donde el elevado número de asuntos tramitados anualmente hace impensable otra solución. Sin embargo, para Estados más pequeños, o con un volumen de cooperación judicial internacional menor que España (al menos desde la perspectiva pasiva) era habitual con la anterior legislación que el miembro nacional se trasladase sólo esporádicamente a La Haya, situación ésta que se pretende evitar con el nuevo tenor literal de la Decisión.

El miembro nacional, por imperativo también de la reforma operada en la Decisión 2009/426, desempeñará su cargo por cuatro años, sin que pueda ser separado antes del final de su mandato sin informar previamente al Colegio de los motivos de la separación (art. 4 Ley 16/2015).

Se ha querido garantizar también con la nueva normativa que el miembro nacional tenga acceso a un determinado nivel de información, concretamente registro de antecedentes penales, libros-registros de detenidos, de investigaciones, registros de ADN u otros. Pero dicho acceso vendrá determinado en función de la carrera profesional de que proceda, de modo que según sea juez, fiscal o policía, deberá tener acceso a dicha información en la misma medida en que lo tendría en su nivel nacional. A esto se dedica el art. 12 Ley 16/2015, que menciona expresamente también el Punto Neutro Judicial, como solicitara el CGPJ en su informe.

²⁹³ El informe del CGPJ facilitaba las razones por las que el nombramiento del miembro nacional español no debía residenciarse en el Consejo de Ministros. Se destacaba que la cooperación judicial penal es una cooperación de autoridad judicial a autoridad judicial, donde las autoridades centrales han dejado de tener intervención. Por otra parte, aducía también que parece más acorde con las nuevas funciones que debería asumir el miembro nacional, que si bien no son jurisdiccionales stricto sensu sí implican una propuesta de actuaciones jurisdiccionales relativas a una concreta investigación criminal. En esta misma línea el CGPJ abogaba por que se suprimiera el informe trimestral al Ministerio de Justicia que contenía el anteproyecto y que, efectivamente, no se trasladó finalmente a la ley. La Ley 16/2015 acoge también la propuesta del CGPJ relativa a que la memoria de actividades del miembro nacional se remitiera simultáneamente al CGPJ y a la FGE y no a través del Ministerio de Justicia, que era como inicialmente se planteó en el anteproyecto. Por tanto, sí hubo ciertas concesiones a fortalecer la desvinculación del Ejecutivo del miembro nacional, pero en lo sustancial, su nombramiento, se mantuvo su dependencia.

En idéntica línea se manifestó el informe de la FGE, muy crítico con que el nombramiento del miembro nacional dependa del Ministerio de Justicia, al considerarlo incompatible con las nuevas funciones operativas que la Decisión 2009/426 le reserva. El informe de la FGE calificaba esta circunstancia como constitutiva de inadecuado desarrollo del Derecho de la Unión, sugiriendo incluso que puede dar lugar a que se plantee ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un recurso por incumplimiento. También este informe aludía a la conveniencia de que hubiera un concurso público para el nombramiento de miembro nacional con la finalidad de dotar de mayor transparencia al proceso selectivo, como de hecho se había hecho con anterioridad a pesar de que nada exigiera al respecto la Ley 16/2006.

El Consejo de Estado, por el contrario, sostenía en su informe que no compartía las críticas al sistema de nombramiento del miembro nacional que recogían el CGPJ y la FGE, considerando que el hecho de que se mantenga su dependencia orgánica del Ministerio de Justicia se adapta a lo previsto en el Derecho de la UE.

Una de las disfunciones más patentes del funcionamiento de Eurojust hasta la reforma operada por la Decisión 2009/426 era la disparidad de atribuciones entre los miembros nacionales, de modo que mientras algunos tenían amplias facultades para intervenir en las investigaciones penales seguidas en sus respectivos Estados miembros, otros, sin embargo, tenían una capacidad más limitada, lo que restaba eficacia al órgano²⁹⁴. La premisa general en la actual regulación sigue siendo que cada Estado miembro defina la naturaleza y alcance de las competencias de su miembro nacional. Ahora bien, para uniformar en cierta medida esta disparidad competencial la nueva Decisión ha establecido un “mínimo común denominador” en dichas atribuciones. Este mínimo deberá garantizarse para todos los miembros nacionales, en relación con cualquier materia de cooperación judicial, incluidos los instrumentos que dan efecto al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Lo ciertamente notable de la nueva regulación europea sobre esta materia es que se configure como un mínimo. Dicho de otro modo, que se prevea también un conjunto de facultades que entran de pleno en la actividad jurisdiccional. La Decisión Eurojust, tras la reforma operada por la Decisión 2009/426, permite que el miembro nacional pueda estar habilitado para ir más allá de la mera propuesta, concretamente, que pueda ejercer estas funciones directamente. Es una posibilidad y no un imperativo, porque se prevé que las normas constitucionales o los aspectos fundamentales del sistema judicial penal (el propio reparto de competencias entre la policía, los fiscales y los jueces, la división de funciones entre autoridades fiscales o la estructura federal del Estado miembro de que se trate) hagan imposible materializar esta función (art. 9 sexies Decisión Eurojust). En caso de que no existan tales obstáculos y el miembro nacional pueda ejercitar las competencias, aun así la regla general es que necesitará para ello la autorización de la autoridad nacional competente. Pero contempla la Decisión Eurojust que, como excepción, podrá prescindir de la autorización dándose las siguientes circunstancias (art. 9 quinquies Decisión Eurojust, sin perjuicio de que la autoridad nacional competente sea informada tan pronto como pueda ser contactada):

- que se trate de un caso urgente, y no sea posible contactar con la autoridad nacional competente,
- que el objeto de la asistencia sea autorizar y coordinar entregas vigiladas o ejecutar en su Estado miembro solicitudes de cooperación judicial.

El legislador español descartó tanto la posibilidad de que el miembro nacional actuara con la autorización de la autoridad nacional competente y también, con más motivo, que hiciera uso de esta opción excepcional de actuar sin autorización, de modo que el miembro nacional por España no tiene capacidad para ejercitar las competencias propias de las autoridades nacionales que dirigen la investigación penal, limitándose a tener las facultades del mínimo común denominador que venía fijado en la Decisión Eurojust²⁹⁵.

²⁹⁴ ALONSO calificaba de urgente la reforma de la Ley 16/2006 en atención precisamente a las limitadas funciones que tenía atribuidas el miembro nacional español, cfr. ALONSO MOREDA, N., “Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 16, Nº 41, 2012, pág.37. El problema, en nuestra opinión, es que esta situación se perpetúa con la reforma del estatuto del miembro nacional que configura la Ley 16/2015.

²⁹⁵ El informe del CGPJ se mostró favorable a esta opción al entender que el presupuesto que permitía atribuir al miembro nacional estas facultades no podía darse en España, donde por definición siempre hay una autoridad judicial de guardia que puede autorizar las dos medidas contempladas en este caso excepcional: autorizar y coordinar entregas vigiladas y decidir sobre la ejecución de solicitudes de

Procedemos a examinar ahora las funciones que constituyen este mínimo común denominador, tanto en la normativa europea como en su traslación a la legislación española de implementación, donde podemos apreciar ciertos problemas, como veremos a continuación. Las funciones que constituyen este núcleo común pueden clasificarse en las siguientes dos categorías:

- A) Aquellas que permiten la intervención autónoma del miembro nacional y que lo único que implican, en definitiva, es impulsar la cooperación:

Según la Decisión Eurojust, el miembro nacional podrá recibir, transmitir, proporcionar, cursar solicitudes de cooperación judicial, así como facilitar información complementaria a las mismas, incluidos también los instrumentos de reconocimiento mutuo. Se trataría, por tanto, de que sea un cauce de transmisión privilegiado (puesto que puede proporcionar información complementaria) tanto desde la perspectiva pasiva como activa. Así se contempla en el artículo 9 ter 1 de la Decisión Eurojust (competencias ordinarias) y se ha trasladado al artículo 9.1 de Ley 16/2015.

- B) Aquellas en las que la intervención del miembro nacional tiene lugar a través de propuestas a la autoridad nacional competente, es decir, al juez o fiscal que conoce del procedimiento en España. Debemos distinguir entre dos tipos de propuestas:

* propuestas subsanadoras de deficiencias²⁹⁶: el miembro nacional podrá pedir a la autoridad nacional competente de su Estado miembro que ordene medidas complementarias para subsanar una ejecución parcial o inadecuada de la solicitud (art. 9 ter.2 Decisión Eurojust y art. 9.2 Ley 16/2015).

* propuestas de medidas principales (art. 9 sexies de la Decisión Eurojust en su remisión al art. 9 quater, recogidas en el art. 10 de la Ley 16/2015):

a) para expedir y completar solicitudes y decisiones de cooperación judicial, incluidos los instrumentos de reconocimiento mutuo;

b) ejecutar en territorio español las solicitudes y decisiones de cooperación judicial, incluidos los instrumentos de reconocimiento mutuo;

c) ordenar medidas de investigación consideradas necesarias en una reunión de coordinación para prestar asistencia a las autoridades nacionales competentes interesadas en una investigación concreta;

cooperación judicial internacional. También el Consejo de Estado entendió que con la atribución de funciones realizada en el anteproyecto se implementaba correctamente la Decisión 209/426, pues esta norma dejaba un amplio margen de libertad a los Derechos nacionales.

Sin embargo, el informe de la FGE, que descansaba siempre sobre la equivocación que a su juicio suponía mantener la dependencia del miembro nacional del Ministerio de Justicia, entendió que el anteproyecto erraba claramente en la atribución de funciones. Consideraba la FGE que era esencial para una correcta implementación que el miembro nacional fuese una autoridad judicial competente en sentido literal, concretamente que debía ser nombrado entre los representantes de la carrera fiscal de modo que pudiera adoptar decisiones operativas y asumir todas las funciones, también las excepcionales, que la Decisión 2009/426 le reservaba.

²⁹⁶ La ubicación sistemática de esta facultad en la Ley 16/2015 nos parece desacertada. Está regulada en el artículo 9.2 de la Ley 16/2015 bajo el epígrafe “atribuciones del miembro nacional de España en Eurojust” cuando realmente, al tratarse de una petición, entendemos que su correcta ubicación debería ser en el artículo 10 “competencias ejercidas por las autoridades nacionales competentes a propuesta del miembro nacional”.

d) autorizar y coordinar entregas vigiladas en territorio español.

Estas facultades se cohonestan mal con nuestro sistema procesal penal, dado que el miembro nacional español no está en servicio activo, sino en servicios especiales²⁹⁷, de modo que resulta anómalo que intervenga - sin ser parte en el procedimiento penal español - instando directamente actuaciones procesales concretas. De entre ellas, conviene destacar la relativa a que pueda proponer al juez de instrucción que se practiquen las medidas de investigación consideradas necesarias en una reunión de coordinación.

En la Memoria Anual de 2014 del miembro nacional de España en Eurojust (elaborada en junio de 2015)²⁹⁸ se deja traslucir esta preocupación. Se celebra en la Memoria que las recomendaciones de Eurojust sobre cesión de jurisdicción o sobre recepción de información para investigar hechos delictivos se articule a través de la Fiscalía General del Estado. Lo que nos interesa ahora son las razones que se aducen. Literalmente dice (la cursiva es nuestra): “De ese modo, al Fiscal General del Estado le corresponde recibir y resolver las solicitudes del Miembro Nacional o del Colegio de Eurojust, previstas en los arts. 6 y 7 de la Decisión de 28 de febrero de 2002. Así, en desarrollo de dichos preceptos, nuestra ley nacional asignó al Fiscal General la competencia para recibir del Miembro Nacional las solicitudes sobre reconocimiento de que las autoridades de un Estado miembro están en mejor condición para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos, previendo que, tras revisar la misma, pueda resolver sobre su procedencia mediante un Decreto, dando instrucciones pertinentes al fiscal del caso, (art. 14. 2 b) de la ley 16/2006). Asimismo, la ley instituye al Fiscal General del Estado como el interlocutor válido para recibir cualquier información que pueda ser de interés para un procedimiento en nuestro país o para su coordinación con otros de un Estado miembro (artículo 15 (5) de la Ley 16/2006). Igualmente se regula, la transferencia y acrecimiento de un procedimiento español con otro paralelo extranjero (artículo 16.1 de la ley 16/2006), canalizada desde Eurojust a través de la Fiscalía, *a fin de evitar cualquier injerencia o perturbaciones de los principios y garantías procesales que rigen nuestro procedimiento penal, por tratarse el Miembro Nacional de un tercero que no es parte del procedimiento penal español y teniendo en cuenta que el derecho de solicitud es un derecho reforzado, ya que no siendo vinculante “per se”, exige la obligación de razonar la negativa*, de acuerdo con el artículo 8 de la Decisión de Eurojust y el artículo 14 (4) de la ley 16/2006 (en el plazo de diez días, según el Art. 22 (2) del Proyecto de Ley).” La Memoria hace referencia a la ley vigente en ese momento, la derogada Ley 16/2006. Lo relevante es que la actual normativa, Ley 16/2015, establece en su artículo 22 que “La Fiscalía General del Estado será competente para recibir las solicitudes cuando se refieran a la iniciación de una investigación o se trate de una actuación penal sobre hechos concretos, o bien cuando versen sobre el reconocimiento de que las autoridades de un Estado miembro están en mejor condición para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos. Recibida una solicitud, el Fiscal General del Estado resolverá sobre su procedencia e impartirá, en su caso, las instrucciones oportunas para que por el Ministerio Fiscal se insten las actuaciones que sean pertinentes”. Pero para las propuestas que ahora nos ocupan, las recogidas en el

²⁹⁷ Orden JUS/2586/2012, de 21 de noviembre, por la que se declara en situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Fiscal a don Francisco Jiménez-Villarejo Fernández (BOE 4 de diciembre de 2012).

²⁹⁸ La Memoria está disponible en la página web www.poderjudicial.es en la documentación relativa a Eurojust.

artículo 10, no se contempla que se hagan a través de la Fiscalía, por lo que la temida injerencia, anunciada en la Memoria del 2014 del miembro nacional, injerencia de quien no es parte en el procedimiento penal – el miembro nacional español – sí se presentaría.

Especialmente problemática encontramos la dicción literal del artículo 9.6 de la Ley 16/2015 porque no se corresponde con ningún precepto concreto de la Decisión de Eurojust. Este artículo dispone que “en relación con las solicitudes de auxilio judicial, *el miembro nacional podrá corregir errores*, dividir la solicitud entre autoridades competentes y realizar *cualesquiera otras modificaciones* que resulten necesarias para su rápida y correcta tramitación”. Tiene su antecedente en el artículo 10.4 de la Ley 16/2006 y nos resulta inquietante que se haya mantenido porque algunas de estas facultades -como corregir errores o realizar modificaciones- pueden suponer una injerencia en la función jurisdiccional de la autoridad judicial que emite esa solicitud de asistencia judicial o ese instrumento de reconocimiento mutuo. Retomamos la observación realizada con ocasión de las facultades de la autoridad central cuando las rogatorias deben remitirse por esa vía por tratarse de Estados de fuera de la UE. El control que puede realizar la autoridad central no está definido en la ley y eso da margen a llevar a cabo actuaciones claramente invasivas de la actividad jurisdiccional. En el mismo sentido, si el miembro nacional, nombrado por el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de esta facultad del artículo 9.6 de la Ley 16/2015 procede a corregir errores como el convenio invocado en la solicitud, o la calificación jurídica de los hechos, entendemos que estaría llevando a cabo una actuación que queda reservada a la autoridad judicial emisora y que tiene difícil acomodo en nuestro sistema constitucional. Podría aducirse que el tipo de errores que puede corregir el miembro nacional es sólo aquellos relativos a que se facilite la ejecución, pero ciertamente la calificación jurídica puede ser uno de ellos.

Si, por ejemplo, el juez de instrucción emisor no ha calificado los hechos como uno de los delitos que eximen del control de doble tipificación de la conducta y este aspecto es corregido por el miembro nacional es evidente que se agilizará la cooperación, pues los motivos para denegarla se ven restringidos por esta modificación, lo cual desde luego a nuestro juicio no justifica una corrección de esa naturaleza.

3.3.2 El Colegio de Eurojust

El Colegio, integrado por los miembros nacionales de los Estados miembros, se basa en la actuación colegiada de todos ellos, de modo que a cada uno le corresponde un voto.

Tiene entre sus funciones garantizar el intercambio de información entre Estados miembros en relación con investigaciones que tengan repercusión a escala de la Unión Europea, coordinar las mismas, cooperar con las autoridades nacionales, facilitar apoyo logístico y cooperar estrechamente con Europol y con la Red Judicial Europea. Pero de singular importancia son las facultades que permiten al Colegio formular dictámenes y solicitudes a los Estados miembros afectados (art. 6 y art. 7 Decisión Eurojust).

a) Los dictámenes del Colegio de Eurojust presentan las siguientes características:

- No tendrán carácter vinculante ni se podrán emitir sin una previa solicitud al Colegio,
- Se constituyen como el último recurso, esto es, cuando lograr el consenso entre los miembros nacionales o las autoridades nacionales competentes no ha resultado posible,

- Su objeto se limitará a dos materias específicas: los conflictos de jurisdicción y las denegaciones o dificultades reiteradas en la ejecución de solicitudes de cooperación judicial, incluidos los casos en que estas dificultades se plantean en relación con los instrumentos de reconocimiento mutuo.

b) El Colegio pueden formular solicitudes, con el siguiente contenido:

- que se lleve a cabo una investigación o unas concretas actuaciones judiciales sobre hechos concretos o que en el curso de una investigación se constituya un ECI;
- que reconozcan que uno de ellos está en mejores condiciones para conocer de un determinado procedimiento penal;
- o, finalmente, que se realicen actividades de coordinación o que se facilite información sobre una actuación judicial.

3.3.3 Célula de coordinación de emergencias (CCE)

Creada por la Decisión 2009/426, la célula cuenta con un representante de cada Estado miembro (ya sea el miembro nacional, su suplente o asistente) con capacidad para actuar ininterrumpidamente las 24 horas de los siete días de la semana.

Está prevista sólo para casos de urgencia, con las siguientes funciones:

- recibirá las solicitudes o resoluciones de cooperación judicial que le remita la autoridad nacional emisora,
- la transmitirá, necesariamente, al representante en la CCE del Estado emisor, y si ha sido solicitado explícitamente por la autoridad nacional, a los representantes en la CCE de los Estados de ejecución.

La Decisión Eurojust habilita a la CCE para todo tipo de solicitudes de cooperación judicial penal y para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo. A esta CCE se dedica el art. 28 de la Ley 16/2015, en nuestra opinión innecesariamente porque bien podría estar sólo regulada en la normativa europea (como el Colegio de Eurojust).

3.3.4 Corresponsales nacionales, coordinador nacional y sistema de coordinación nacional de Eurojust

La preocupación porque las funciones de la RJE y de Eurojust no propicien una actuación solapada o descoordinada de los diferentes actores de la cooperación judicial europea tiene reflejo en la Decisión Eurojust. La coordinación se convierte en objetivo prioritario, dando lugar a tres figuras:

a) Corresponsales nacionales

En la Decisión 2002/187 se contemplaba la posibilidad de que cada Estado miembro designase uno o varios corresponsales nacionales, prioritariamente en asuntos de terrorismo. La nueva Decisión 2009/426 convierte en imperativa esta posibilidad y obliga a que los corresponsales nacionales actúen de manera coordinada, entre sí y con la delegación de ese Estado miembro en Eurojust.

El artículo 15 de la Ley 16/2015 regula la designación de los corresponsales nacionales de Eurojust, que serán nombrados por Orden del Ministro de Justicia (en el caso del

corresponsal de terrorismo, entre jueces o fiscales de la Audiencia Nacional, cuestión ésta de todo punto lógica a la vista de la competencia exclusiva de este órgano en esta materia).

Los corresponsales nacionales, que por el hecho de serlo, serán puntos de contacto de la RJE (precisamente para favorecer el intercambio fluido de información entre la red y Eurojust) tendrán las funciones que les atribuye el artículo 16 Ley 16/2015: transmitir a los órganos judiciales o del Ministerio Fiscal las solicitudes del miembro nacional cuando éste así lo solicite (sin excluir la posibilidad de que haya una relación directa entre el miembro nacional y las autoridades españolas competentes) así como prestarle apoyo técnico que sea preciso, también a las autoridades nacionales en sus relaciones con Eurojust.

Las funciones del corresponsal nacional para terrorismo incluyen la obligación de informar a Eurojust de las personas investigadas por estos delitos, los actos objeto de investigación o enjuiciamiento y sus circunstancias específicas, la relación entre los distintos casos y las peticiones de cooperación internacional que se hayan cursado, así como su resultado (art. 17 Ley 16/2015).

b) Sistema de coordinación nacional de Eurojust

Los sistemas nacionales de coordinación, ubicados en cada uno de los Estados miembros, estarán compuestos por los corresponsales nacionales y los puntos de contacto de distintas redes judiciales (red judicial europea, red europea de puntos de contacto en relación con las personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, red de organismos de recuperación de activos o red contra la corrupción). Al sistema de coordinación nacional de España en Eurojust se dedica el artículo 18 Ley 16/2015.

En el informe de evaluación de España en la 6ª ronda de evaluaciones mutuas los evaluadores consideraron que era especialmente perjudicial para nuestro país que el sistema de coordinación nacional no se hubiese establecido todavía, calificando de crucial la necesidad de coordinación de las autoridades españolas. La recomendación 3ª instaba a establecerlo sin demora, organizándolo y haciendo de él un mecanismo unificador del papel de los distintos profesionales, de modo que potencie la cooperación entre las redes, subsanando la fragmentación del sector.

c) Coordinador nacional

Al frente del sistema de coordinación nacional habrá un coordinador nacional de Eurojust, que deberá responder del buen funcionamiento del sistema. Su función, detallada en el artículo 19 Ley 16/2015, será facilitar, dentro del territorio español, que se alcancen los objetivos de Eurojust y para ello facilitará información al sistema de gestión de casos, ayudará en la determinación de en qué casos debe acudir a Eurojust y en cuales a la RJE, facilitará el conocimiento de qué autoridad es la competente para la ejecución de solicitudes de cooperación judicial y mantendrá estrechos vínculos con la unidad nacional de Europol.

3.4 Funcionamiento de Eurojust

Eurojust cuenta con un sistema de información compuesto por unos ficheros temporales de trabajo en los que se vuelcan los datos relativos a los casos con los que trabajan. Los ficheros dispondrán de un índice, teniendo como finalidad facilitar el acceso a la

información, el cotejo de datos y la coordinación de las investigaciones que se lleven a cabo. Este sistema de información es el denominado sistema de gestión de casos²⁹⁹.

Su funcionamiento podría resumirse del siguiente modo: el miembro nacional abrirá un fichero temporal por cada caso respecto del cual se le transmita información. Al hacerlo, decidirá si da acceso al mismo a los demás miembros nacionales o al personal autorizado de Eurojust y qué información concreta del fichero se incluirá en el índice³⁰⁰ (esta cuestión es objeto de regulación en el art. 13 Ley 16/2015).

Lógicamente, el sistema de gestión de casos se nutre de la información que accede a Eurojust y esta no puede ser otra que aquella que las autoridades judiciales de los diferentes Estados miembros facilitan a sus respectivos miembros nacionales. Por eso la Decisión Eurojust obliga a informar a Eurojust en una serie de supuestos. Esta cuestión, de crucial importancia para la eficacia del órgano, era una de las que exigían que la implementación se hiciera en plazo, pues de otro modo, sin una obligación concreta y específica de colaborar en determinadas áreas con Eurojust, su utilidad se veía claramente comprometida.

El retraso en la implementación de esta Decisión por España generó un vacío que, desde otras instancias, se intentó paliar en la medida de lo posible. La Instrucción 3/2011 de la FGE reguló la obligación de los representantes del Ministerio Fiscal de transmitir información a Eurojust en los casos previstos en el artículo 13 de la Decisión 2009/426. Por su parte, el CGPJ aprobó la elaboración y difusión de una guía realizada por el Servicio de Relaciones Internacionales el 10 de julio de 2012 en la que se facilitaban soluciones prácticas a los jueces y magistrados en relación con esta obligación de informar a Eurojust en determinados supuestos. El informe de los evaluadores sobre España en la 6ª Ronda de evaluaciones mutuas se hace eco de estas iniciativas, facilitando datos concretos: en 2013 se cursaron 33 notificaciones, de las cuales 8 fueron remitidas por la FGE.

En algo mejoró la situación con la promulgación de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM) puesto que el artículo 9 de este texto legal ya fijó la obligación de informar a Eurojust cuando un instrumento de reconocimiento mutuo afecte directamente a tres Estados miembros y se hayan transmitido, al menos, a dos Estados miembros solicitudes o decisiones de cooperación judicial. No obstante, con esta previsión no quedaba íntegramente implementado el artículo 13 de la Decisión 2009/426, al estar reducido el ámbito de la LRM a los instrumentos de reconocimiento mutuo quedaban fuera de este precepto otros supuestos en los que también era obligatorio informar a Eurojust.

²⁹⁹ Sobre el sistema de gestión de casos de Eurojust, cfr. PÉREZ SOUTO, G., *La cooperación judicial en la Unión Europea: Eurojust y sus principales desafíos frente a la delincuencia transnacional grave*, tesis 2014, pág.199-211.

³⁰⁰ Los integrantes del sistema de coordinación nacional tendrán un acceso limitado al sistema de gestión de casos, pues dependerá del acceso que autorice el miembro nacional responsable del fichero y, en relación con el índice, en función de lo que haya dispuesto su propio miembro nacional. En relación con el sistema de gestión de casos destacar también que se regula de manera muy estricta quien tendrá acceso a los datos personales, así como la rectificación, eliminación y plazos de conservación de éstos. Hay un responsable de la protección de datos dentro del personal de Eurojust y una Autoridad Común de Control vigilará de manera colegiada e independiente que Eurojust respete la normativa de protección de datos personales.

La solución definitiva (o casi) ha venido dada por el artículo 24 de la Ley 16/2015 que especifica que las autoridades nacionales tienen obligación de informar al miembro nacional de su Estado cuando se de alguna de las siguientes circunstancias³⁰¹:

- se constituya un equipo conjunto de investigación si versa sobre materias que sean competencia de Eurojust;
- el caso afecte al menos a tres Estados miembros si se han transmitido al menos a dos de ellos solicitudes o decisiones de cooperación judicial, siempre y cuando se den otros requisitos, tales como que el delito esté castigado con un pena privativa de libertad o medida de seguridad de un periodo máximo de al menos cinco y se corresponda con unas determinadas categorías delictivas³⁰² o esté implicada una organización delictiva o existan indicios de que el caso puede presentar una importante dimensión transfronteriza;
- cuando pueda producirse un conflicto de jurisdicción³⁰³;
- en caso de entregas vigiladas que afecten al menos a tres Estados (y al menos dos de ellos sean Estados miembros);
- cuando surjan dificultades reiteradas para ejecutar solicitudes de cooperación judicial o reconocer resoluciones en el marco de los instrumentos de reconocimiento mutuo.

Las únicas excepciones a este deber de información de las autoridades nacionales consisten en que, de informar, se perjudique los intereses fundamentales de la seguridad nacional o se ponga en peligro la seguridad de las personas (art. 25 Ley 16/2015).

El artículo 24 Ley 16/2015 precisa además con cierto detalle cómo debe transmitirse esta información desde las autoridades nacionales al miembro nacional de España en Eurojust. Las líneas generales de esta regulación son las siguientes:

- Se fija un plazo, que será de un mes desde que se tenga conocimiento de la concurrencia de los requisitos que generen la obligación de informar. No obstante, la comunicación podrá demorarse por el tiempo indispensable para no comprometer el resultado de las investigaciones.
- Se establece un doble cauce: la FGE o directamente al miembro nacional, informando de ello a la FGE.
- Deberá hacerse incluso aunque las actuaciones estén declaradas secretas, detallándose también la obligación de mantener la confidencialidad que afecta a toda la delegación española en Eurojust.

³⁰¹ Por otra parte, Eurojust es transmisora también de información, de modo que facilitará a las autoridades nacionales competentes información relevante de que disponga (por ejemplo, la existencia de vínculos con casos ya archivados en el sistema de gestión de casos).

³⁰² En este caso el listado reduce las categorías delictivas a trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico de drogas, tráfico ilícito de armas de fuego, corrupción, fraude contra los intereses financieros de la Unión, falsificación del euro, blanqueo de dinero y ataques contra sistemas de información.

³⁰³ El informe del CGPJ apuntaba la conveniencia de que se regularan íntegramente en el mismo texto legal los conflictos de jurisdicción, implementando con ello la Decisión 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en los procesos penales (DOUE L 315, de 14 de noviembre de 2009) que debería haber sido traspuesta al ordenamiento jurídico español antes del 15 de junio de 2012. Así se acogió por el prelegislador, dedicándose el actual capítulo V de la Ley 16/2015 a esta materia.

- Se distingue con claridad entre la mera transmisión de información (que podrá hacerse en un formulario estandarizado, que tendrá carácter facultativo) y la petición de asistencia, que deberá ser en todo caso expresa³⁰⁴.

Varias son las cuestiones que pueden apuntarse en relación con cómo ha sido regulada en la ley española la obligación de transmitir información por parte de nuestras autoridades al miembro nacional de España en Eurojust. En general, apreciamos en el texto una mayor precisión que la contenida en el anteproyecto, mejora que es tributaria de las numerosas alegaciones que se hicieron con ocasión del informe por parte del CGPJ. Sin embargo, algunas cuestiones quedan todavía con una imprecisión nada deseable.

Así, por ejemplo, en relación a quien compete la obligación de informar, el artículo 24.1 Ley 16/2015 se limita a señalar que lo harán “las autoridades competentes en el marco de las competencias que tengan legalmente atribuidas”. Esta expresión genera cierta dificultad interpretativa pues son varias las autoridades que pueden estar en esa situación.

Como destacaba el informe del CGPJ, esta expresión puede entenderse referida a los letrados de la Administración de Justicia, dado que el artículo 454.4 LOPJ les atribuye la función de informar sobre actuaciones judiciales. Específicamente consideraba que era apropiado que fueran éstos los que informaran cuando se tratase de constatar una determinada circunstancia por el mero examen de autos (como el hecho de que se haya acordado la transmisión a varios Estados miembros de comisiones rogatorias). El informe destacaba, sin embargo, que otros elementos que generan obligación de informar, como que pueda o no existir un potencial conflicto de jurisdicción era algo que sólo al juez o tribunal correspondía valorar. Por otra parte, el informe consideraba que la fiscalía sólo debía informar en aquellos casos en que se tratase de diligencias de investigación. En el mismo sentido se expresa el informe del Consejo de Estado, que pone de manifiesto como esta expresión genérica conviene ser aclarada para dilucidar si incluye o no a los secretarios judiciales, también qué tipo de información y en su caso en qué momento procedimental concreto corresponde transmitir al juez o al fiscal, todo ello con la finalidad de evitar duplicidades en la remisión de información.

Igualmente crítico, pero con diferente enfoque, es el informe de la FGE que insta a que la transmisión de información se haga siempre a través de la fiscalía para evitar así duplicidades. Previsiblemente en atención a esta insistente demanda del informe de la fiscalía de que se articule un sistema centralizado de transmisión de información a Eurojust y que ese sistema centralizado pase por el Ministerio Público, el actual texto legal en su artículo 24.1 exige que, de remitirse directamente al miembro nacional la información, se proceda también a informar a la FGE.

El informe de los evaluadores de España en la 6ª ronda de evaluaciones mutuas consideraba que era más lógico que fueran los jueces los que tuvieran la responsabilidad de informar, dado que son los encargados de la investigación (punto 4.1.2 del informe).

³⁰⁴ El artículo 23 Ley 16/2015 precisa que pueden pedir la intervención tanto los jueces, magistrados, fiscales o el Ministerio de Justicia dentro del marco de sus respectivas competencias. Puede resultar difícil imaginar un supuesto en el que sea el Ministerio el que pida la asistencia pero tampoco es imposible hacerlo. Pensamos, por ejemplo, en que sea necesario llegar a un acuerdo sobre el reparto de bienes decomisados y las autoridades centrales con competencia en esta materia consideren que puede ser relevante intentar consensuar posturas mediante la intervención de las respectivas delegaciones nacionales. Idéntico supuesto puede darse en relación con los gastos, cuestión ésta que afecta de manera decisiva a los Ejecutivos de los diferentes Estados miembros y que puede promover un conflicto en cuanto a su reparto.

Tal y como ha quedado redactada la ley, sin embargo, es probable que se produzcan duplicidades y, lo que es más grave, omisiones en el deber de informar, pues ciertamente la expresión que recoge el actual artículo 24.1 Ley 16/2015 - “autoridades competentes, en el marco de las competencias que tengan legalmente atribuidas” - se presta a ello.

Idéntica objeción puede hacerse sobre la indeterminación en el texto legal de a quién compete presentar la petición de asistencia, pues el artículo 23 Ley 16/2015 relaciona a jueces, magistrados, miembros del Ministerio Fiscal y Ministerio de Justicia, estableciendo únicamente como criterio delimitador que lo hagan “dentro de sus respectivas competencias”.

El anteproyecto aludía a que podían solicitar la intervención de Eurojust *los órganos judiciales*. El CGPJ hizo ver en su informe que ésta no podía ser una facultad del secretario judicial, debería quedar reservada al juez, salvo que se tratara de diligencias de investigación de fiscalía, que debía corresponder al fiscal. Consideramos que, efectivamente, sólo el responsable de la instrucción judicial, el juez de instrucción, puede valorar si necesita o no la colaboración de Eurojust y que resultaría de lo más anómalo que la pidiera el fiscal con la oposición del juez. Quizás esto puede evitarse por la dicción literal “dentro del ejercicio de sus propias competencias” pero mayor claridad redundaría en evitar ulteriores conflictos ante la ya complicada distribución de funciones durante la instrucción penal.

A nuestro juicio, estas imprecisiones sobre la solicitud de asistencia que puedan cursar nuestras autoridades a Eurojust puede redundar en perpetuar el desequilibrio histórico que existe en la oficina española en Eurojust en relación con las veces que nuestro país solicita asistencia y las veces en las que nuestras autoridades judiciales son requeridas para que la presten por otros Estados miembros (en definitiva, entre la faceta activa y pasiva de la oficina española). Aunque con mejores números cada año, la tónica sigue siendo la misma: las autoridades judiciales españolas no acuden por propia iniciativa a Eurojust en medida siquiera comparable con las veces en que las autoridades judiciales de otros Estados miembros solicitan de la oficina española que intermedie en relación con causas tramitadas en España.

A título de ejemplo, durante el año 2014, frente a las 87 veces en las que nuestras autoridades solicitaron asistencia, las autoridades de otros Estados lo hicieron a las españolas en un total de 217 ocasiones (haciendo de España el segundo país más requerido tras Alemania)³⁰⁵.

La transmisión de información obligatoria para las autoridades judiciales españolas de la que venimos hablando es desde luego reflejo del deber de colaboración con Eurojust que, con carácter general³⁰⁶, proclama el artículo 21 Ley 16/2015. Pero este deber de colaboración con el miembro nacional de España tiene otras manifestaciones. Lo frecuente es que la colaboración se inste por parte del miembro nacional cursando una convocatoria a la autoridad judicial española para una reunión de coordinación.

Las reuniones de coordinación son la actividad neurálgica de Eurojust. Su gestación y funcionamiento práctico podría describirse del siguiente modo: bien por el cruce de

³⁰⁵ Dato obtenido del Informe anual de Eurojust de 2014.

³⁰⁶ Todas las personas y entidades públicas están obligadas a prestar la colaboración requerida por Eurojust, su negativa puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria, que el art. 11.2 Ley 16/2015 parece residenciar únicamente en los jueces, magistrados y fiscales porque afirma que la negativa podrán ser puestos en conocimiento de la FGE y del CGPJ, según los casos. El informe del CGPJ hizo hincapié en que para que constituya un supuesto de responsabilidad disciplinaria debería trasladarse esta cuestión a la LOPJ a través de ley de igual rango.

datos que realiza el sistema de gestión de casos o por cualquier otro medio, una autoridad judicial de un Estado miembro detecta que en una determinada investigación hay un elemento transfronterizo que afecta a España. Puede ser que los hechos se estén investigando también en nuestro país o que los hechos sean distintos pero se trate de la misma organización delictiva. O puede ser necesaria la práctica de una asistencia concreta de las autoridades judiciales españolas, como la ejecución en territorio español de una diligencia de investigación o de embargo. Detectado el carácter transfronterizo, la autoridad del Estado miembro que promueve la actuación conjunta o coordinada con las autoridades españolas lo pondrá en conocimiento del miembro nacional de su Estado y éste en el del miembro nacional español. Deberá llevarlo al Colegio de Eurojust si se quiere abrir caso, pues sólo el Colegio puede tomar esta decisión (en la terminología práctica de Eurojust, reuniones de nivel I). Si así lo hace, habrá una reunión entre los miembros nacionales (reuniones de nivel II) y posteriormente otra reunión entre las autoridades judiciales implicadas en los dos (o más) Estados miembros (reunión de nivel III). En estos supuestos el miembro nacional cursa una comunicación al CGPJ (concretamente, al servicio de relaciones internacionales) para que se inicie el expediente que autorice al juez o magistrado afectado a desplazarse a la sede de Eurojust en La Haya. Concedida la comisión de servicios por la Comisión Permanente del CGPJ, el juez o magistrado se reúne – normalmente en compañía del fiscal y en ocasiones con la policía actuante en autos – con su homólogo del otro Estado miembro en la sede de Eurojust. En la reunión de coordinación se puede intercambiar información, tomar decisiones operativas y cualquier otra actuación que favorezca la mejor cooperación entre las autoridades implicadas.

Sin duda, una de las mayores utilidades de Eurojust es la posibilidad de sostener este tipo de reuniones de coordinación, donde la asistencia de traductores simultáneos y de los propios representantes de las delegaciones nacionales (expertos en cooperación internacional penal) proporciona las circunstancias óptimas para una adecuada resolución de la situación. Pero también hay que destacar que las reuniones de coordinación pueden tener una problemática procesal propia, que nos limitaremos a apuntar:

- la ausencia durante la reunión de quien debe levantar acta o dar fe de lo allí acordado. Si durante una reunión de coordinación en Eurojust se intercambia información, por ejemplo, surge la dificultad de cómo documentar esta entrega cuando el fedatario público no es convocado a la misma;
- la ausencia de las acusaciones particulares y de las defensas cuando las actuaciones no están declaradas secretas. Lo cierto es que en un altísimo porcentaje las reuniones de coordinación de Eurojust tienen lugar cuando las actuaciones están todavía bajo secreto de sumario. Pero, en caso de no estarlo y dependiendo del contenido concreto de la reunión de coordinación, podría resultar contrario al principio de contradicción que inspira nuestra legislación procesal que no sean convocados a la reunión de coordinación -o al menos informados de ella- todas las partes personadas en el proceso penal español;

Imaginemos que durante la reunión de coordinación la autoridad de un concreto Estado aporta documentación de la que la autoridad judicial española extrae la parte que considera relevante para la investigación penal. A dicha diligencia de selección de documentación relevante debería darse intervención no sólo al fiscal como acusación particular, también a la defensa, para que inste la aportación de aquella documental que entienda útil para sus intereses.

- no regula la Ley 16/2015 cómo deben documentarse estas reuniones ni siquiera si de su celebración debe dejarse constancia en autos. La práctica forense es variada al respecto. En ocasiones se hace constar por diligencia de constancia la convocatoria de la reunión o el juez dicta una providencia donde se hace referencia a la celebración de la misma. Pero tampoco faltan las ocasiones en las que no tiene reflejo alguno el hecho de que se haya celebrado una reunión en Eurojust. Durante su celebración por parte del personal de Eurojust se levanta siempre un acta que se remite con posterioridad a las autoridades nacionales que participaron, pero su unión al proceso no siempre es pacífica por las distintas normas procesales que rigen la documentación de actuaciones en los diferentes Estados miembros. A falta de previsión legal expresa, también entre los jueces españoles hay diversidad de criterio (algunos unen las actas a autos, otros no lo hacen).

El informe de la FGE da cuenta de las carencias del anteproyecto en relación con la celebración y desarrollo de estas reuniones de coordinación. Consideraba el Consejo Fiscal, y no podemos estar más de acuerdo con esta apreciación, que el texto legal era una oportunidad única para dar cobertura legal a las reuniones de coordinación como parte esencial de la actividad de Eurojust, cobertura que no tiene hoy día en cuestiones como si constituyen o no un acto procesal, así como la incorporación al proceso del acta y de la información y documentación. Como hemos apuntado, a pesar de la llamada de atención sobre esta cuestión que realizó el informe de la FGE, nada se recogió en el texto legal en este sentido y la actual Ley 16/2015 mantiene las carencias que ya tenía la normativa precedente y que se advirtieron con ocasión del anteproyecto.

El Colegio de Eurojust en fecha 8 de abril de 2014 adoptó unas directrices de confidencialidad y revelación de datos en las reuniones de coordinación que son mencionadas en su informe anual de 2014, haciendo referencia a que su finalidad es asistir en la mejor resolución de cuestiones sensibles de naturaleza jurídica surgidas durante las reuniones de coordinación. La secretaría general del Consejo de la UE³⁰⁷ celebra esta iniciativa y anima a Eurojust a desarrollar más guías relativas a la organización, convocatoria y desarrollo de las reuniones de coordinación. Sin perjuicio de entender muy útiles estos documentos, creemos que debe ser una norma vinculante para los Estados miembros la que regule qué uso puede darse a la información que se intercambia en las reuniones de coordinación, es más, resulta imprescindible que al hacerlo se tengan en cuenta los derechos de la defensa de modo que se logre el adecuado equilibrio entre fomentar la cooperación judicial, la eficacia en la lucha contra las formas más graves de delincuencia y, al mismo tiempo, las normas elementales del derecho al juicio justo. Volveremos sobre alguna de estas cuestiones al tratar la admisibilidad de la prueba transfronteriza en el proceso español (capítulo X).

Siguiendo con la mecánica de funcionamiento de este órgano, sea o no tras una reunión de coordinación, el miembro nacional puede dirigirse a la autoridad judicial española para que lleve a cabo alguna actuación (en los términos de las facultades que le confiere el art. 10 Ley 16/2015). Tras recibir esta solicitud, la autoridad judicial española tendrá que tomar la decisión y comunicarla al miembro nacional en el plazo de diez días, respuesta que en principio deberá ser motivada (art. 22 Ley 16/2015).

Una de las actuaciones que puede promover el miembro nacional de España en Eurojust, bien a su instancia o del Colegio, consiste en que la autoridad judicial española asuma una investigación que ha sido iniciada en otro Estado miembro,

³⁰⁷ Documento 10862/15 de 15 de julio de 2015.

asumiendo por tanto el procedimiento en el estado en que se encuentre. Esta posibilidad está regulada en el artículo 27 Ley 16/2015, que establece varios límites: que sea posible asumirlo porque el estado del procedimiento lo permita (es decir, no sería posible, por ejemplo, asumir el enjuiciamiento de un caso que ya ha empezado, de modo que parte de la vista se celebre ante tribunales de un Estado y parte ante tribunales de otro); que la jurisdicción española resulte competente para conocer de esos hechos y que el delito presuntamente cometido no hubiera prescrito de conformidad con derecho español. De esta regulación, sin embargo, nos resulta perturbadora la previsión contenida en el párrafo cuarto de ese mismo artículo 27, cuando señala que “aceptada la iniciación o ampliación del procedimiento, se considerarán válidos en España los actos de instrucción realizados por el Estado que remite el procedimiento, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español”³⁰⁸. Volveremos en extenso sobre ella con ocasión del último de los capítulos de esta obra, al analizar los problemas de admisibilidad a que pudiera dar lugar pero, en lo que ahora nos ocupa, destacaremos únicamente que el informe del CGPJ aconsejó su exclusión y destacó que en este apartado la ley española no está incorporando ninguna previsión contenida en la normativa de la Unión, pues en la Decisión de Eurojust nada se menciona en relación con la admisibilidad o validez de los actos de instrucción ya practicados con anterioridad a la transmisión del proceso penal.

3.5 La creación de la Fiscalía Europea desde Eurojust

Como se apuntó al comienzo de este epígrafe, el Tratado de Lisboa prevé a partir de Eurojust la creación de una Fiscalía Europea. El motivo por el que vamos a prestar una escueta atención a esta institución es porque, por el contenido de las negociaciones que sobre la misma están teniendo lugar en este año 2015, parece que se está valorando instaurar para la Fiscalía Europea (en adelante FE) un sistema de investigación y obtención de prueba singular. De ahí que en las próximas líneas mencionemos sólo de manera tangencial lo relativo a la estructura y organización de la FE pero sí adelantemos los cambios que se están barajando en la materia que nos ocupa, la prueba penal transfronteriza.

El debate sobre la necesidad de contar con un Fiscal Europeo se remonta a los años 1995 y 1996 cuando, a iniciativa de la Comisión, un grupo de expertos trabajó en la determinación de los principios rectores de la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea, dando lugar a lo que se vino a denominar *Corpus Iuris* 1997. Como recuerda VERVAELE³⁰⁹, no formaba parte de esta misión la elaboración de un Código Penal ni de Procedimiento europeo. Sin embargo, la previsión en el documento de ocho infracciones, con sus correspondientes penas, y la propuesta de que la investigación penal de estas infracciones corriera a cargo de un ministerio público europeo, dio lugar a un amplio debate al respecto. De manera mayoritaria, los Ministros de Justicia defendieron que las ideas del *Corpus Iuris* 1997 no eran compatibles con los principios fundamentales de orden constitucional y con las normas de derecho penal y procesal penal de sus Estados miembros³¹⁰.

³⁰⁸ En idénticos términos se regulaba esta cuestión en la anterior normativa española de Eurojust, concretamente, en el artículo 16.4 de la Ley 16/2006.

³⁰⁹ Cfr. VERVAELE, J.A.E., *Un Derecho Penal para Europa. Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, (M. DELMAS-MARTY Y J.A.E. VERVAELE, BACIGALUPO Y SILVA CASTELLANO ED), Madrid, 2004, pág. 15-16.

³¹⁰ Cfr. VERVAELE, J.A.E., “El Ministerio Fiscal europeo y el espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un derecho procesal penal europeo”, *Sistemas penales europeos*, cit, pág. 294.

Esto motivó que el Parlamento europeo y la Comisión encargaran un estudio sobre la viabilidad del Corpus Iuris, que culminó en una corrección de la versión inicial, acordándose finalmente su versión final en Florencia en 1999. En ésta, a la que se denominará Corpus Iuris 2000, se configura el Ministerio Público Europeo como una autoridad responsable de la investigación, persecución, elevación a juicio de la causa, ejercicio de la acción pública y ejecución de sentencias en relación con las infracciones que, definidas en ese mismo documento, constituyen defraudaciones a los intereses financieros de las Comunidades Europeas. El Ministerio Público Europeo se caracterizaba por ser independiente (tanto respecto a las autoridades nacionales como a los órganos comunitarios), indivisible, solidario y por tener una estructura jerárquica (se articulaba a través de un Fiscal general europeo, con sede en Bruselas, y fiscales europeos delegados en los Estados miembros, con deber de obediencia a aquel). La actuación de la Fiscalía Europea tendría primacía sobre la investigación por parte de las autoridades nacionales, detallándose no sólo qué poderes de investigación tendría el Fiscal Europeo sino conforme a qué normas de procedimiento debería llevarse a cabo la obtención de prueba por el mismo. Se relacionaba en su articulado qué derechos tendría el acusado, reglas sobre la carga de la prueba y la admisibilidad y exclusión de ésta. Por tanto, prácticamente constituía el germen de un código de procedimiento penal para estos singulares delitos.

La propuesta del Corpus Iuris 2000 y el convencimiento de la Comisión Europea y del Parlamento europeo de la necesidad de contar con una Fiscalía europea dio lugar a la publicación por parte de la Comisión de un Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo³¹¹. Entre los muchos motivos que constituyen argumentos a favor de la creación de ésta figura destaca, en lo que en esta investigación nos concierne, la necesidad de superar la diversidad de normas nacionales que rigen la obtención de prueba, pues estos diferentes regímenes jurídicos conllevan, en muchos casos, que no produzca efectos la prueba obtenida en otro Estado³¹². El informe de seguimiento de este Libro Verde³¹³ concluyó que se ha conseguido que el Fiscal Europeo forme parte de la agenda política de la Unión y que para que ello se materializara resultaba imprescindible la revisión de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. En este sentido, la Comisión propuso que la revisión incluyera la creación de la Fiscalía Europea, pero debiendo tenerse en cuenta su articulación con Eurojust y su competencia material. En esta articulación con Eurojust se esbozaron varias posibilidades: cooperación entre órganos distintos y complementarios, vinculación orgánica o integración completa. En las competencias se optaba claramente por definir de manera precisa sus competencias iniciales, que estarían relacionadas con los intereses financieros de la Comunidad, pero dejando la posibilidad abierta a una ampliación ulterior.

Así las cosas, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dentro de la sección destinada a la cooperación judicial en materia penal, contemplaba la creación de una Fiscalía Europea, siendo su articulado fruto de las conclusiones del Libro Verde. Se alude a su creación a partir de Eurojust y se recoge la posibilidad de que sus competencias fueran ampliadas más allá de los intereses financieros de la Comunidad³¹⁴. Si bien este texto no llegó nunca a estar vigente por

³¹¹ La página web de la Comisión Europea define los Libros Verdes como documentos de reflexión publicados por la Comisión sobre un ámbito político específico. Se pretende con ellos que las partes interesadas, ya sean organismos o particulares, hagan aportaciones sobre el objeto de la consulta. Por su parte, los Libros Blancos son propuestas de acción comunitaria en un ámbito específico, y en muchas ocasiones se publican tras el debate sustanciado en el Libro Verde precedente. El Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo puede consultarse en el documento COM (2001) 715 final.

³¹² Apartado 2.1.3, pág. 15 del Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo.

³¹³ Documento COM (2003) 128 final.

³¹⁴ Artículo III-274.

falta de ratificación del tratado, debe destacarse que es prácticamente coincidente con la actual regulación de esta materia en el Tratado de Lisboa.

Los expertos siguieron debatiendo al respecto, formulando una propuesta alternativa a la regulación que de esta materia se contenía en el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. A finales de 2003, bajo la dirección del Prof. SCHÜNEMANN, se aprobó el texto denominado Proyecto alternativo sobre la persecución penal europea³¹⁵, que al tratar la Fiscalía Europea entendía que la constitución de ésta era imprescindible para la persecución de los delitos cometidos por los funcionarios de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones, debiendo crearse asimismo, para su enjuiciamiento, una Justicia Penal Europea. Se contemplaba también, de manera subsidiaria, que actuase la Fiscalía Europea en relación con los delitos de dimensión transfronteriza sólo en el supuesto de que las fiscalías nacionales incurriesen en su persecución en deficiencias prolongadas.

Tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, el artículo 86 del TUE permite la creación de la FE a partir de Eurojust y mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial. Serán estos reglamentos los que determinarán el Estatuto de la FE, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y las que rijan la admisibilidad de pruebas y el control jurisdiccional de los actos procesales realizados por la Fiscalía.

El procedimiento requiere unanimidad del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo. En caso de que no haya unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados podrá solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo, suspendiéndose con ello el procedimiento en el Consejo. De alcanzarse consenso en cuatro meses desde la suspensión, se devolverá el proyecto al Consejo para su adopción. En caso de que tal consenso no se alcance, cabe que los nueve Estados acudan a la cooperación reforzada, entendiéndose concedida la autorización para iniciar dicha cooperación.

Ese mismo artículo detalla que sus competencias objetivas vienen limitadas, en principio, a las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, pero expresamente se arbitra la posibilidad de que se amplíen a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza. Funcionalmente, la FE sería competente para la investigación de estos delitos, la incoación del procedimiento penal y para la solicitud de la apertura del juicio oral, siendo los órganos jurisdiccionales nacionales los competentes para conocer de la acción penal relativa a dichas infracciones.

La relación entre Eurojust y la FE, dado que ésta debe crearse “a partir” de aquella, ha sido una cuestión arduamente debatida. El informe de seguimiento del Libro Verde para la protección de los intereses financieros de la comunidad destacaba tres posibilidades:

- que se tratase de órganos complementarios: Eurojust contaría con atribuciones de cooperación judicial en un ámbito competencial muy amplio, mientras que la FE sería una instancia comunitaria dotada de poderes propios en un ámbito específico (los intereses financieros);
- podría tratarse de un supuesto de vinculación orgánica: el Fiscal Europeo dependería orgánicamente de Eurojust;

³¹⁵ Su texto puede consultarse en la obra cfr. SCHÜNEMANN, *Proyecto alternativo de persecución penal europea*, Madrid, 2007, pág. 20-33.

- finalmente, la Comisión señala que de crearse la FE a partir de Eurojust la FE vendría a sustituir a Eurojust, de modo que además de instruir y centralizar las investigaciones y actuaciones judiciales y de ejercitar la acción pública ante los tribunales nacionales en lo que se refiere a los intereses financieros, coordinaría las acciones nacionales en lo que respecta a la delincuencia transfronteriza³¹⁶.

El 17 de julio de 2013 la Comisión presentó una propuesta de Reglamento del Consejo sobre la creación de la Fiscalía Europea³¹⁷. Desde la propuesta inicial el texto ha sufrido múltiples y variadas modificaciones. La FE ha sido una prioridad para la Presidencia italiana de la UE (último semestre del 2014) y para la letona (primer semestre del 2015). Fruto de los trabajos realizados durante estos mandatos se ha avanzado en el consenso sobre los apartados principales de los primeros 37 artículos del futuro Reglamento (al que nos referiremos como R/FE). En resumen, sus principales características podrían sintetizarse en los siguientes apartados³¹⁸:

1. La FE es un órgano de la Unión Europea con personalidad jurídica propia. La creación de la Fiscalía Europea implica atribuir a esta institución la instrucción de determinados delitos (los que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea, detallados en una directiva actualmente en negociación en la UE). Son funciones de la FE investigar, procesar y ejercitar la acusación contra los responsables penales de estos delitos ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros (art. 4 R/FE). El artículo 5 R/FE sienta los principios básicos de sus actividades que deberán respetar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, los principios del Estado de Derecho y la proporcionalidad en todas sus actividades (discutiendo algunos Estados si además debe hacerse expresa mención al principio de legalidad). A continuación proclama que las investigaciones y procedimientos penales incoados en nombre de la FE se regirán por el Reglamento y que la legislación nacional se aplicará en la medida en que quede sin regular en el mismo, prevaleciendo el reglamento si está regulada en él. Salvo disposición reglamentaria en contrario, la legislación nacional aplicable será la del Estado miembro en que esté situado el fiscal europeo delegado encargado del expediente.
2. Actualmente está todavía en proceso de decisión qué organización interna tendrá la FE y que funciones específicas corresponderán a sus órganos centrales (*Fiscal General Europeo, Adjuntos, Fiscales Europeos, Colegio y Salas Permanentes*) y a sus representantes descentralizados (*Fiscales Europeos*

³¹⁶ Véase, al respecto, la nota 66 del informe de seguimiento citado (pág. 13). Esta opción, sin embargo, parece descartada por algunos autores. Al respecto, cfr. ORMAZABAL SANCHEZ, G., “Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa: reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía europea y sobre el papel de Eurojust”, *La Ley penal*, 2009. Este autor ya apuntaba la necesidad de resolver una serie de interrogantes, como la relación entre la FE y los fiscales nacionales, la conveniencia de crear un órgano judicial europeo dotado de competencia en materia penal, la necesidad de crear un servicio o institución europea que garantice el acceso a la defensa letrada o el carácter de las normas de procedimiento aplicables a las actividades de la Fiscalía. En nuestra opinión, muchas de estas preguntas, a pesar de lo avanzado del expediente en la UE, siguen sin una debida respuesta.

³¹⁷ Documento COM (2013) 534 final.

³¹⁸ Documento 15862/1/14 de 28 de noviembre de 2014 y Documento 9372/15 de 12 de junio de 2015.

Delegados). A la estructura y organización de la Fiscalía Europea se dedica el capítulo III (art. 7-19 R/FE)³¹⁹.

3. En relación con la competencia objetiva de la Fiscalía Europea, además de incluir los delitos que afecten a los intereses financieros de la UE (art. 17 R/FE, en los términos que se regulen en la futura Directiva) abarcará la competencia sobre los delitos conexos (art. 18 R/FE).

Se definen los delitos conexos como aquellos basados en hechos intrínsecamente ligados a los delitos contra los intereses financieros de la UE siempre y cuando éstos últimos sean preponderantes. Se considera que existe este estrecho vínculo cuando un delito ha sido cometido como medio para garantizar la impunidad del otro o cuando tiene carácter instrumental.

Se define también qué debe entenderse por preponderante. En caso de discrepancia en relación con la competencia para conocer de los delitos conexos, el reglamento regula, además de un régimen de consultas, que serán las autoridades nacionales competentes para decidir la atribución de competencias a nivel nacional las que tomarán la última decisión al respecto (art. 18 R/FE).

4. La jurisdicción de la FE viene regulada en el artículo 19 R/FE exigiendo la concurrencia de cualquiera de los siguientes criterios alternativos:

- que se hayan cometido en el territorio de los Estados miembros,
- por un nacional de dichos Estados,
- aun habiendo sido cometido fuera, que lo haya sido por funcionario público o persona sujeta a su normativa sobre el que un Estado tendría jurisdicción fuera de su territorio.

Si la FE ha comenzado la investigación, la autoridad nacional no podrá hacerlo. Si la autoridad nacional ha comenzado la investigación, la FE podrá reclamar el conocimiento del caso ejercitando el derecho de avocación.

³¹⁹ Sobre esta materia se ha discutido intensamente durante el 2014 y también bajo presidencia letona ya en 2015, concretamente en reuniones celebradas durante los meses de febrero, marzo y abril de 2015. En líneas generales la Fiscalía Europea se organizaría del siguiente modo:

- a) Colegio: integrado por el Fiscal General Europeo y un miembro por cada Estado, los Fiscales Europeos (art. 8 R/FE).
- b) Salas Permanentes: Presidida por el Fiscal General o sus Adjuntos o un Fiscal Europeo, dirigirán las investigaciones y acusaciones llevadas a cabo en los Estados, garantizando la coordinación. Entre sus facultades está decidir sobre los siguientes extremos: llevar un caso a juicio o archivarlo, iniciar una investigación, reparto de casos, dilucidar en qué Estado miembro se formulará acusación o archivar los casos (art. 9.3 R/FE). Las Salas Permanentes pueden dar instrucciones en casos específicos (art. 9.4 R/FE).
- c) Fiscales Europeos: supervisarán las investigaciones y acusaciones, sirviendo de canal de comunicación entre las Cámaras Permanentes y los Fiscales Europeos Delegados (art. 11 R/FE).
- d) Fiscales Europeos Delegados (FED): representantes de la FE en cada Estado, desde el que desempeñan sus funciones. Serán responsables de las investigaciones y acusaciones iniciadas por ellos o atribuidas a ellos por las Salas Permanentes. Deberá haber al menos dos FED en cada Estado miembro y podrán compatibilizar sus funciones con la función de fiscales nacionales (art. 12 R/FE). Los nombra el Colegio, a propuesta de cada Estado. Pueden ser miembros de la fiscalía o de la judicatura nacional (artículo 15.2 R/FE).

5. El capítulo IV R/FE (artículos 20 a 32) se dedica a las normas procesales. Sobre estas normas se está actualmente debatiendo, sin que conste que a fecha actual haya consenso. En síntesis, su contenido esencial es:

- Deber de informar a la FE (art. 20 R/FE): Es objeto de discusión el umbral cuantitativo que debe generar este deber de las autoridades nacionales de informar, especialmente teniendo en cuenta que sobre esta materia puede haber meras infracciones administrativas. Se baraja fijar un umbral cuantitativo de 20.000 euros para que el caso se atribuya a la FE (sin perjuicio de atribuirlo si se dan otros criterios como que afecte a funcionarios de la UE).

- Atribución de la investigación y ejercicio del derecho de avocación (art. 21 a 24 R/FE):

En relación con la atribución de la investigación: el Fiscal Europeo Delegado del Estado miembro del lugar donde se hayan cometido los hechos iniciará la investigación. La Sala Permanente podrá decidir que el caso se lleve por el Fiscal Europeo Delegado de otro Estado miembro, siempre que el Estado tenga jurisdicción, atendiendo a criterios como el lugar de residencia del acusado, su nacionalidad o el territorio donde se ha causado el perjuicio. Antes de formalizar la acusación, la Sala Permanente podrá reasignar el caso a otro Fiscal Europeo Delegado o dividir la causa.

Muy controvertida es la figura de la avocación: en qué supuestos puede la FE asumir una investigación que está desarrollándose ya por las autoridades nacionales. Se cuestiona si, por debajo de una determinada cuantía (10.000 euros según la propuesta de la Presidencia o 20.000 euros, según algunas delegaciones nacionales) no procede ejercer ese derecho de avocación. También el ejercicio de la avocación en casos de delitos conexos es objeto de regulación y ha generado cierta discusión.

- Medidas de investigación (art. 25 a 26 b R/FE):

El artículo 25 R/FE exige que el Fiscal Europeo Delegado que conozca de una investigación pueda ordenar o solicitar las mismas medidas de investigación que estén disponibles en su legislación nacional para casos similares. Además de los requisitos de la legislación nacional, las medidas sólo podrán ser ordenadas cuando haya motivos razonables para creer que la concreta medida facilitará información o prueba útil para la investigación y cuando no haya otra medida menos intrusiva que consiguiera el mismo resultado.

El artículo 26 R/FE contiene un listado de medidas que deberán estar disponibles para estas investigaciones siempre que se den unas condiciones (discutiéndose si se trata de un mínimo punitivo de cuatro años u otras condiciones que determine la respectiva legislación nacional). El listado incluye cinco medidas: registros, cesión de datos de tráfico, embargo de bienes, control y bloqueo de operaciones financieras e interceptación de comunicaciones.

El artículo 26a R/FE aborda las investigaciones transfronterizas, una de las cuestiones más debatidas sobre las que no se ha alcanzado consenso. Cuando sea necesario adoptar una medida de investigación en un Estado diferente a aquel que está llevando a cabo la investigación, el Fiscal Europeo Delegado que conoce el caso lo remitirá directamente al Fiscal Europeo Delegado del Estado donde la medida debe ser adoptada, sin necesidad de acudir por tanto a mecanismos de cooperación penal internacional. La legislación del Estado donde se esté llevando a cabo la investigación será la que gobernará la autorización de la medida en el otro Estado miembro (*lex fori*) pero la ejecución de la medida en sí se acomodará a la legislación del Estado donde ésta deba practicarse (*lex loci*), si bien podrán respetarse las formalidades que se hayan indicado y resulten necesarias de conformidad con la legislación del Estado donde se está desarrollando la investigación (siempre que no sean contrarias a los principios fundamentales del Estado donde se ejecuta la medida). Si de conformidad con la *lex loci* se necesita autorización judicial, se obtendrá en el Estado donde se ejecute la medida. Si no la requiere pero sí lo hace la legislación del Estado donde se lleva a cabo la investigación, se recabará en este último. Una cuestión arduamente debatida durante los pasados meses es si se precisa o no doble autorización (de la autoridad judicial del Estado que conoce de la investigación y de la autoridad judicial del Estado donde esta se lleva a cabo). En principio la situación actual del debate parece inclinarse por considerar esencial la autorización judicial del Estado de ejecución (donde la medida debe llevarse a cabo) de modo que la autorización judicial del Estado donde se lleva a cabo la investigación sólo se recabe cuando en la legislación nacional del Estado de investigación la autorización sea necesaria y no lo sea en la legislación nacional del Estado de ejecución de la medida, pero no es un debate que haya alcanzado todavía una solución consensuada.

Finalmente el artículo 26b R/FE regula la detención, exigiendo que en casos transfronterizos la autoridad judicial del Estado de la investigación emita una orden europea de detención y entrega previa solicitud del Fiscal Europeo Delegado.

- Terminación de la investigación (art. 27 a 29 R/FE): tres supuestos que consisten en el ejercicio de la acusación ante los tribunales nacionales, el archivo del caso y la transacción.

En relación con el ejercicio de la acusación, en síntesis el artículo 27 R/FE implica que el Fiscal Europeo Delegado que conozca de la investigación cuando la considere finalizada deberá elevar un resumen y un escrito de calificación provisional al Fiscal Europeo y a la Sala Permanente para revisión. Esta Sala dará instrucciones sobre si el caso debe ser llevado en el estado en el que se encuentre ante los tribunales y decidirá el Estado miembro ante cuyos tribunales se presentará. La legislación nacional del Estado en cuestión será la que determinará qué concreto tribunal es el competente para conocer de estos casos.

El archivo del caso será decidido por la Sala Permanente con base en unas razones tasadas recogidas en el artículo 28 R/FE (muerte del acusado, inmunidad, amnistía, prescripción del delito, pronunciamiento anterior sobre

los mismos hechos o falta de pruebas). Es objeto de discusión qué legislación nacional deberá tenerse en cuenta en materia de prescripción en casos transfronterizos. También son controvertidas las consecuencias del archivo en ulteriores actuaciones que pudieran incoarse por las autoridades nacionales.

La transacción o conformidad del artículo 29 R/FE ha centrado los debates de los últimos meses, discutiéndose si es necesario contar con un sistema europeo de transacción o debe diferirse a la legislación nacional de los Estados miembros, así como si es necesario someter la transacción al control judicial (dudándose si, en caso de que no participen los tribunales, esta transacción podría o no tener fuerza de cosa juzgada).

- El artículo 30 del R/FE regula la admisibilidad de la prueba presentada por la FE ante el tribunal de enjuiciamiento. Se estipula que, cuando el tribunal considere que la admisión de una prueba no afecta al derecho al juicio justo o a los derechos de la defensa u otros derechos recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la UE, la prueba en cuestión no será objeto de validación o procedimiento legal similar incluso aunque la legislación del Estado miembro donde tiene lugar el enjuiciamiento prevea unas normas diferentes para la obtención o presentación de esa prueba. Se regula asimismo su libre valoración una vez admitida la prueba.

6. El capítulo V se refiere a las garantías procesales. El artículo 32 R/FE hace referencia a los derechos de los investigados y acusados así como de los demás afectados destacando que todas las actividades de la FE se desarrollarán respetando los derechos de los investigados de conformidad con la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la UE, incluyendo el derecho a un juicio justo y el derecho a la defensa. Como mínimo las garantías procesales incluirán las recogidas en las directivas europeas, relacionándolas en el propio artículo (que en su versión actual incluye la referencia a la directiva sobre presunción de inocencia y asistencia legal gratuita).

7. El capítulo VI se dedica al control judicial. Se mantiene la discusión sobre dos posibles opciones a cuyo tratamiento se dedica el artículo 33 R/FE:

a) Al actuar, la FE tendrá la consideración de autoridad nacional a los efectos de la revisión judicial de dichas decisiones.

b) Determinadas medidas procesales adoptadas por la FE serán objeto de revisión ante el TJUE. Los tribunales de los Estados miembros serán los competentes para la revisión judicial del resto de las decisiones de conformidad con su derecho nacional.

Expuestas las líneas generales del futuro Reglamento actualmente en tramitación apreciamos que la nueva institución se asienta sobre una serie de principios cuya aplicación conjunta puede dar lugar a ciertas disfunciones, cuando no a una clara merma de las garantías básicas del proceso.

Tales principios son:

a) La configuración de *un único espacio jurídico* para la persecución de los delitos que afectan a los intereses esenciales de la Unión: con el fin de que la FE lleve a cabo investigaciones y procedimientos penales, el territorio de los Estados miembros de la Unión se considerará un territorio jurídico único en el que dicha Fiscalía puede ejercer sus competencias.

b) Atribución de un significativo papel a las legislaciones nacionales de los distintos Estados³²⁰. Esto obedece a una opción política adoptada en el seno de la Comisión europea: elegir las opciones menos intrusivas para los ordenamientos jurídicos nacionales, como expresamente se señala en la exposición de motivos que acompaña a la propuesta. Concretamente se regirán por la legislación nacional los aspectos cruciales: las medidas de investigación que puedan ejecutarse y si resulta necesaria o no autorización judicial. No hay, en consecuencia, una armonización ni de medidas de investigación ni de procedimientos para la ejecución de las mismas.

c) En la obtención de prueba transfronteriza, consagración, en principio y sin perjuicio de modificaciones en el texto final, de la *lex loci* para la ejecución y también para la autorización judicial, pues del estado actual del debate parece que la FE del Estado de investigación podrá obtener la prueba sólo con la autorización judicial de las autoridades del Estado donde deba practicarse, sin contar con la autorización judicial del Estado de investigación incluso aunque éste resulte el Estado de enjuiciamiento.

d) Criterios alternativos para la determinación de la jurisdicción, pues la FE tendrá margen para elegir la jurisdicción del proceso considerando los siguientes criterios: lugar donde se cometió el delito, lugar donde resida habitualmente el acusado, lugar donde estén situadas las pruebas y lugar donde residan habitualmente las víctimas directas.

De la aplicación conjunta de estos principios concluimos que la FE tiene un amplio margen de actuación (espacio jurídico único y gran arbitrariedad en la elección del foro) sin que vaya acompañado de un completo sistema de garantías para el investigado, que puede sufrir que la FE elija un Estado que le resulte favorable a la investigación y luego remita el caso ante los tribunales de un Estado que resulte más favorable para el enjuiciamiento, sin que se arbitren mecanismos de defensa equiparables ante esta muy poderosa FE³²¹.

³²⁰ ZIMMERMANN se muestra muy crítico con esta opción que permite elegir ley aplicable y tribunal de enjuiciamiento con tanta flexibilidad. Proporciona argumentos para concluir que el ejercicio de la acusación transnacional exige un principio de legalidad también transnacional que aporte seguridad jurídica sobre la ley procesal que será aplicable. Cfr. ZIMMERMANN, F., “Choice of forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor’s Office” en *The European Public Prosecutor’s Office. Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, 2015, pág.156-177.

³²¹ Muy interesante nos parece la propuesta de crear un Eurodefensor ante estos casos en los que la acusación se dota de un mecanismo como la FE para ejercitar acciones penales. En el Manifiesto sobre un Derecho procesal penal europeo de 2013 los autores aluden a esta posibilidad para compensar las desventajas en que puede quedar la defensa ante la FE y señalan la existencia de precedentes, singularmente la Oficina Pública de Defensa de la Corte Penal Internacional que se recomienda se utilice como modelo, cfr. AAVV, “A Manifiesto on European Criminal Procedure Law”, *Zis*, 2013, pág.440, www.zis-online.com. También GARCÍA VÁZQUEZ enfatiza que uno de los aspectos más controvertidos

Desde la perspectiva de la prueba penal transfronteriza lo que nos interesa resaltar es que al tratarse de un único órgano, la FE, que opera en un único espacio legal, se suprime la necesidad de acudir a mecanismos de cooperación internacional para la obtención de prueba transfronteriza – lo que no obsta para que puedan necesitarse dos autorizaciones judiciales, de la autoridad judicial del Estado donde se acuerda la diligencia y de la autoridad judicial del Estado donde debe practicarse -. En la práctica, tendría un notable parecido al funcionamiento de un ECI. No obstante, esto no se ve compensado por unas únicas reglas que determinen cuando es preciso recabar autorización judicial en relación con la obtención de esta prueba ni un procedimiento de mínimos sobre cómo tienen que ejecutarse esas diligencias de investigación. La falta de armonización de este aspecto puede permitir a la FE cierto margen de elección si la prueba en cuestión es susceptible de obtenerse, a lo largo de la investigación, en distintos territorios (por ejemplo, porque se trate de obtener documentación mediante el registro domiciliario de una caravana que está desplazándose por distintos Estados de la UE). Si a eso sumamos el margen para elección final del foro de enjuiciamiento, que no tiene por qué coincidir con el del Estado bajo cuya legislación se ha investigado, la conclusión es que la FE supone un escenario de imprevisibles consecuencias jurídicas, cuestión que ya ha sido advertida por nuestra doctrina procesalista³²².

en relación con la FE es la exigencia de una protección equivalente de los derechos de la defensa y garantías procesales de los implicados en los procedimientos penales, relacionado los esenciales y citando entre ellos el tratamiento de la prueba transfronteriza, cfr. GARCÍA VÁZQUEZ, S., “El largo camino hacia la construcción de un espacio judicial europeo” en Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (DONAIRE y OLESTI Coords.) Madrid, 2015, pág.77.

³²² BACHMAIER pone de manifiesto los problemas de hacer descansar la obtención de pruebas en las legislaciones nacionales. Esto, junto a la ausencia de normas procesales comunes para las investigaciones de la FE hace que los obstáculos para la admisibilidad de la prueba transfronteriza no disminuyan con esta nueva figura (aunque destaca que la remisión a la legislación nacional hace más políticamente aceptable a la propia FE que tantas reticencias ha despertado desde sus orígenes). En su opinión, el carácter jerárquico de la FE en todo el espacio europeo facilitará la coordinación y que se respeten los requisitos exigibles en la obtención de la prueba de conformidad con la *lex fori* aunque si desde luego el foro de enjuiciamiento no está decidido en la fase de investigación el problema de admisibilidad de la prueba subsistiría. BACHMAIER WINTER, L., “The potential contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 23, 2015, pág.141.

CAPÍTULO IV

LA INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LA UNIÓN EUROPEA AL AMPARO DEL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD

1. EL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD-2. PERFILES DE ADN Y OTROS DATOS DISPONIBLES -2.1.*Marco jurídico* -2.2. *Modalidades de cooperación y legislación aplicable* -2.2.1 Obtención y análisis de datos -2.2.2 Transmisión de información previamente obtenida -2.3 *Disposiciones generales sobre protección de datos* -3. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN E INTELIGENCIA ENTRE LOS SERVICIOS DE SEGURIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA-4. ANTECEDENTES PENALES

CAPÍTULO IV

LA INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LA UNIÓN EUROPEA **AL AMPARO DEL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD**

1. EL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD

La UE, en su afán por luchar de manera eficaz contra las formas más graves de delincuencia, ha venido promulgando diversos instrumentos basados en el llamado principio de disponibilidad. A través de estos mecanismos, determinados elementos relevantes para el proceso penal español accederán al procedimiento porque están disponibles en otro Estado miembro. Es únicamente desde esta perspectiva – la que incide en la investigación y en la prueba - desde la que analizaremos los instrumentos jurídicos que, con base en este principio de disponibilidad, pueden ser utilizados por nuestras autoridades, debiendo precisarse que, aunque estén estrechamente vinculados a la cooperación policial, en realidad son mecanismos donde en ocasiones es la autoridad judicial la que autoriza el intercambio de información, bien porque afecte a derechos fundamentales – como en el caso del ADN- o bien porque la información ha accedido ya a un proceso penal y su transmisión requiere el consentimiento del juez instructor. Por tanto, esta circunstancia debe tenerse presente en las referencias a la cooperación policial que haremos a continuación.

Antes de analizar de qué mecanismos hablamos, es preciso traer a colación el reflejo del principio de disponibilidad en los Programas adoptados por los distintos Consejos Europeos de los últimos años, precisamente porque son éstos los que permiten entender el significado de este principio. Y nos ceñiremos a los Programas porque, a diferencia de lo que ocurre con el principio de reconocimiento mutuo, el de disponibilidad no ha accedido al Derecho originario de la Unión Europea.

Es el Programa plurianual de La Haya³²³ -que se adoptó en el Consejo Europeo del 4 y 5 de noviembre de 2004 y recoge las prioridades de la Unión destinadas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia para ese periodo de cinco años - el que menciona la necesidad de que las fuerzas de seguridad compartan información por ser esencial para luchar contra el terrorismo y para realizar investigaciones relativas a la delincuencia transfronteriza de modo eficaz. De este modo, afirma el programa que “el Consejo Europeo está convencido de que la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia requiere un planteamiento innovador del intercambio transfronterizo de información policial”. Estipula a continuación que el intercambio de dicha información deberá regirse por el principio de disponibilidad que significa que “en todo el territorio de la Unión, un funcionario de policía de un Estado miembro que necesite información para llevar a cabo sus obligaciones pueda obtenerla de otro Estado miembro y que el organismo policial del otro Estado miembro que posea dicha información la facilitará para el propósito indicado, teniendo en cuenta el requisito de las investigaciones en curso en dicho Estado”. Fija asimismo las condiciones imprescindibles para este intercambio de información:

³²³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia».

- el intercambio solamente puede tener lugar para el cumplimiento de tareas legales,
- debe garantizarse la integridad de los datos que deban intercambiarse,
- deben protegerse las fuentes de información y garantizar la confidencialidad de los datos en todas las etapas del intercambio, y ulteriormente,
- deben aplicarse normas comunes para el acceso a los datos y normas técnicas comunes,
- debe supervisarse el respeto de la protección de los datos y garantizarse un adecuado control previo y posterior al intercambio de información,
- debe garantizarse la protección contra el uso indebido de los datos personales y el derecho a la corrección de los datos personales incorrectos,
- los métodos de intercambio de información deberán hacer pleno uso de las nuevas tecnologías y adaptarse a cada tipo de información, si procede a través del acceso recíproco a las bases de datos nacionales o la interoperabilidad de las mismas; también en su caso a través del acceso directo (en línea), incluso para Europol, a las bases de datos centrales existentes de la UE tales como el SIS. Sólo deberán crearse nuevas bases de datos europeas centralizadas sobre la base de estudios que hayan demostrado su valor añadido.

Por su parte, el Programa de Estocolmo³²⁴ vuelve a incidir en la necesidad de una plena aplicación del principio de disponibilidad. En este sentido señala que “el Consejo Europeo observa con satisfacción que los progresos registrados en la Unión durante los últimos años han aportado múltiples opciones y han creado una diversidad de instrumentos para recabar, procesar y compartir la información entre autoridades nacionales y otros actores europeos en el espacio de libertad, seguridad y justicia. El principio de disponibilidad seguirá dando un importante impulso a esta labor”. Tras reconocer la necesidad de coherencia y de consolidación en el desarrollo de la gestión y el intercambio de la información, el Consejo Europeo en este Programa de Estocolmo invita al Consejo y a la Comisión a “ejecutar una estrategia de gestión de la información para la seguridad interior de la UE, que incluya un sistema sólido de protección de datos. El desarrollo debe estar en consonancia con las prioridades establecidas para el espacio de libertad, seguridad y justicia y la estrategia de seguridad interior, apoyando la visión operativa de la cooperación policial y judicial, la gestión de las fronteras y la protección pública”.

Las materias que abordaremos con ocasión del estudio del principio de disponibilidad son tres: los perfiles de ADN y otros datos disponibles; la información obrante en poder de los servicios de seguridad de los Estados miembros; y los antecedentes penales. Pero antes de hacerlo es necesario hacer una serie de precisiones en relación precisamente con esta última inclusión. Puede parecer poco ortodoxo el estudio de intercambio de antecedentes penales en este epígrafe, pues la base jurídica para alguno de los instrumentos promulgados por la Unión Europea en esta área es el reconocimiento mutuo de resoluciones penales, no estrictamente el principio de disponibilidad. Seguimos en este punto a MARTÍNEZ y POZA cuando destacan que el objetivo perseguido con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia consistente en la adecuada circulación de la información relativa a las condenas e inhabilitaciones de que hayan sido objeto los residentes en el territorio de los Estados miembros evoca el principio de disponibilidad, si bien la posibilidad de atribuirles efectos fuera del Estado miembro que

³²⁴ DOUE C 115 de 4 de mayo de 2010.

las hubiera pronunciado enlaza con el principio de reconocimiento mutuo³²⁵. Los antecedentes penales, por tanto, se ubican “a mitad de camino” entre la disponibilidad y el reconocimiento mutuo. Si abordamos su estudio en este capítulo es porque, a nuestro juicio, el funcionamiento efectivo del intercambio de antecedentes penales, por mucho que tenga como finalidad su consideración en otro Estado miembro – cuestión que lleva implícita su reconocimiento -, asemeja este instrumento mucho más a los basados en el principio de disponibilidad que a los promulgados al amparo del reconocimiento mutuo. Con el intercambio de antecedentes penales no se pretende la ejecución propiamente dicha de la resolución judicial en otro Estado miembro (como ocurre con los demás instrumentos de reconocimiento mutuo), sino únicamente que sea, en su caso, tomada en consideración a los efectos que procedan. No habrá, en consecuencia, un Estado de emisión y otro de ejecución. No es un mecanismo de cooperación internacional penal entre autoridades de un Estado que se dirigen a autoridades de otro Estado. Se trata, por el contrario, de poner a disposición de las autoridades del espacio europeo una información, las resoluciones condenatorias dictadas, a los efectos que correspondan.

La sentencia condenatoria imponiendo tres años de pena privativa de libertad por un delito contra el patrimonio recaída en un Estado miembro puede ser objeto de transmisión a otro Estado para que en el mismo tenga lugar su ejecución propiamente dicha (el cumplimiento de la pena en centro penitenciario de ese Estado, a través del correspondiente instrumento de reconocimiento mutuo) o, por el contrario, puede ser tomada en consideración en ese otro Estado miembro - diferente al de condena - para calificar de reincidente al mismo sujeto, cuestión que se articularía a través del intercambio de antecedentes penales porque esta información está a disposición de las autoridades judiciales del espacio europeo. Aunque en este segundo supuesto es evidente que también hay un reconocimiento de la sentencia, que despliega sus efectos más allá del Estado en el que se dictó, no puede hablarse de *ejecución* del pronunciamiento condenatorio.

Consideramos que esto justifica su estudio en este capítulo, aunque, como anunciábamos, será sólo a los efectos de esclarecer cómo debe acreditarse la existencia de la condena anterior en cuanto que debe ser objeto de prueba para la toma en consideración – a los efectos que procedan - por parte del tribunal sentenciador.

2. PERFILES DE ADN Y OTROS DATOS DISPONIBLES

2.1 Marco jurídico

En aplicación del principio de disponibilidad, la UE se ha dotado de mecanismos jurídicos para garantizar que los Estados miembros se concedan mutuamente derechos de acceso a sus respectivos ficheros automatizados de análisis de ADN, identificación dactiloscópica y datos de registros de matriculación de vehículos. Lo ha hecho, como expondremos a continuación, a través de sucesivos instrumentos jurídicos de distinta naturaleza.

En un momento inicial la UE acudió la vía convencional para este intercambio automático de información: a través del Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de

³²⁵ Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, F. y POZA CISNEROS, M., “El principio de disponibilidad: antecedentes penales y Convenio de Prüm” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág. 445.

2005³²⁶ (en adelante CPrüm/2005) cuya finalidad es reforzar la cooperación transfronteriza, singularmente en el campo del intercambio de información. El Acuerdo de ejecución de Prüm se firmó en Dresde el 5 de diciembre de 2006. Nace como una convención de derecho internacional³²⁷, abierta a la adhesión de cualquier Estado miembro de la UE, pero establece expresamente que tiene primacía el Derecho de la Unión, tanto ya adoptado, como el que se adopte con posterioridad. De hecho, en el CPrüm/2005 se preveía que en el plazo máximo de tres años después de su entrada en vigor se pusiera en marcha una iniciativa para trasladar sus disposiciones al marco jurídico de la Unión, debiendo hacerse sobre la base de una valoración de la experiencia realizada en la ejecución del mismo.

Así se hizo mediante la promulgación de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008, sobre profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza³²⁸ (en adelante, Decisión Prüm) que constituye el instrumento hoy día vigente para la realización de este intercambio de información disponible en las bases de datos mencionadas (ADN, identificación dactiloscópica y matriculación de vehículos). Al regular su relación con otros instrumentos jurídicos señala que para los Estados miembros que sean parte en el CPrüm/2005 se aplicarán las disposiciones contenidas en esta Decisión, aunque seguirán siendo de aplicación las demás disposiciones de CPrüm/2005 que no se vean afectadas por ésta³²⁹.

En los considerandos de la Decisión se recuerda que el Consejo Europeo en el Programa de La Haya exigía un planteamiento innovador del intercambio transfronterizo de información, debiendo cumplirse el principio de disponibilidad. El cuarto considerando contiene de nuevo una definición del principio de disponibilidad, siguiendo la estela del Programa de La Haya, al señalar que este principio significa que el agente de los servicios de seguridad de un Estado miembro de la Unión que necesite información para llevar a cabo sus funciones debe poder obtenerla de otro Estado, y que las autoridades de los servicios de seguridad del Estado miembro que tenga dicha información deben ponerla a su disposición para el fin declarado, teniendo en cuenta las necesidades de las investigaciones pendientes en dicho Estado miembro.

Por otra parte, la Decisión 2008/616/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre ejecución de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 de profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza³³⁰ estableció las disposiciones normativas comunes necesarias para la ejecución administrativa y técnica de estas

³²⁶ BOE de 25 de diciembre de 2006.

³²⁷ Que se haya optado por la vía convencional en lugar de acudir al mecanismo legislativo comunitario esto es, que se haya primado la celeridad en contar con mecanismos que redunden en una mayor seguridad, obviando con ello cualquier debate contradictorio, es calificado como uno de los aspectos más negativos del Tratado de Prüm, cfr. ZILLER, J., “El tratado de Prüm” en *El Tratado de Prüm, Revista de derecho constitucional europeo*, número 7, 2007, pág. 25-26. A dicha crítica se suma DIETRICH PLAZA, C., “El Tratado de Prüm en el marco de la regulación de los datos personales en la Unión Europea” en *El Tratado de Prüm, Revista de derecho constitucional europeo, cit.*, pág. 35, que recoge al respecto las consideraciones del Supervisor Europeo de Protección de Datos.

³²⁸ DOUE L 210 de 6 de agosto de 2008.

³²⁹ Las diferencias, como recuerdan MARTÍNEZ y POZA, se circunscriben a la exclusión en la Decisión Prüm del cruce de fronteras, de los escoltas de seguridad de vuelo y de todo lo relativo a la migración ilegal, cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, F. y POZA CISNEROS, M., “El principio de disponibilidad: antecedentes penales y Convenio de Prüm” en *Cooperación judicial penal en Europa (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.)* Madrid, 2013, pág. 439.

³³⁰ DOUE L 210 de 6 de agosto de 2008.

formas de cooperación. Posteriormente, la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN³³¹ amplía el conjunto de normas europeas técnicas sobre marcadores de ADN, partiendo de la idea de que un intercambio eficaz se facilita aumentando el número de marcadores, si bien siempre con la limitación de que se intercambien los resultados de análisis de ADN correspondientes a zonas cromosómicas que no contengan ningún factor de expresión de información genética, esto es, que no contengan información sobre características hereditarias específicas.

España fue uno de los siete países de la Unión que firmaron el CPrüm/2005 el 27 de mayo de 2005³³². Dada la asunción en virtud del mismo de obligaciones internacionales dirigidas a compartir recíprocamente la información disponible en ficheros y bases de datos, entre otros de ADN, se hizo necesario promulgar en España una normativa que creara estos ficheros policiales: así lo hizo la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN³³³ (en adelante LO10/2007).

Sin perjuicio de abordar en el último capítulo de esta investigación los problemas que desde la perspectiva de la cooperación internacional penal pueden generarse en relación con la investigación a través de ADN -o la admisibilidad como prueba de este dato- adelantemos ya que compartimos la opinión de DE HOYOS cuando afirma que “se articulan en este caso normas sobre intercambio o disponibilidad de la información en el espacio judicial y policial común, pero no se han armonizado previamente, ni siquiera mínimamente, las normativas nacionales sobre la materia, con lo que, en último término, nos encontramos con que procederemos a intercambiar información y concretamente la vamos a recibir en ciertos supuestos en los que según nuestra propia legislación estatal no podríamos estar manejando esta información”³³⁴.

2.2 Modalidades de cooperación y legislación aplicable

En relación con las modalidades de asistencia, debemos distinguir entre la asistencia para la obtención y análisis de datos - entre ellos material genético molecular- y la transmisión de información ya previamente obtenida y analizada. Veremos sus características por separado a continuación. Otras formas de cooperación reguladas en esta misma normativa no serán objeto de nuestro análisis, como las patrullas conjuntas, el apoyo recíproco en catástrofes o eventos masivos, la transmisión de datos en prevención de amenazas para la seguridad o en prevención de atentados terroristas o en materia de lucha contra la inmigración ilegal, al entender que son formas de cooperación estrictamente policiales que no inciden propiamente en la investigación y obtención de prueba para procedimientos penales.

³³¹ DOUE C 296 de 5 de diciembre de 2009.

³³² BOE de 25 de diciembre de 2006.

³³³ BOE de 9 de octubre de 2007.

³³⁴ Cfr. DE HOYOS SANCHO, M., “Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013, pág.78 y de la misma autora, “Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C, dir) Valladolid, 2010.

En cuanto a la legislación aplicable, ya con el CPrüm/2005 la doctrina destacó la remisión continua que hace al derecho interno de cada Estado, por ejemplo para el tratamiento de datos almacenados en ficheros de ADN³³⁵ o para la transmisión a otro Estado de los datos de carácter personal en el caso de que se compruebe que existe concordancia entre perfiles de ADN. Esto, junto al necesario respeto a la normativa comunitaria, puede generar graves problemas interpretativos y de encaje³³⁶.

2.2.1 Obtención y análisis de datos

En relación con la modalidad más intensa de cooperación, aquella en la que la solicitud de la autoridad de un Estado miembro pretende la obtención y el análisis de información por parte de las autoridades de otro Estado, la regulación varía en función de que estemos ante ADN o ante otro tipo de datos.

Repárese en que esta modalidad de asistencia no aplicaría propiamente el principio de disponibilidad porque la necesidad de obtenerlos evidencia precisamente que no están disponibles para las autoridades del Estado miembro requerido.

Si se trata de obtención de material genético molecular para la posterior transmisión del perfil de ADN una vez obtenido, la Decisión Prüm remite a la asistencia judicial estableciendo que ésta deberá prestarse siempre que se den una serie de condiciones (art. 7):

- a) La parte requirente podrá solicitar la asistencia si se hallare en el curso de una investigación o un procedimiento penal y no dispusiere del material de ADN de una persona determinada;
- b) Esta persona determinada debe encontrarse en el territorio del Estado miembro requerido;
- c) El Estado miembro requirente debe comunicar el fin para el que se requiere;
- d) El Estado miembro requirente debe presentar una orden o declaración de investigación de la autoridad competente, exigible conforme a su derecho interno, de la que se desprenda que se cumplirían los requisitos para su obtención y análisis de material genético si esa persona concreta se encontrara en el territorio del Estado miembro requirente;
- e) Deben cumplirse los requisitos para la obtención y análisis del material genético y para la transmisión del perfil de ADN obtenido conforme al derecho del Estado miembro requerido.

Es especialmente importante que nos detengamos en la legislación que debe aplicarse en relación con esta petición de asistencia judicial. La alusión a que se cumplan los requisitos de la legislación del Estado requirente (*lex fori*) en principio parece hacer referencia a los requisitos para *autorizar la obtención* del material genético (esto es, que se cumplan los requisitos de la legislación interna sobre gravedad del delito, necesidad e idoneidad de la medida) pero que no hay previsión expresa de que se exija también que

³³⁵ Sobre la conservación de estos datos en los archivos policiales en el Reino Unido, al hilo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2008, asunto S. y Marper contra Reino Unido, cfr. DE HOYOS SANCHO, M., “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN. Sentencia TEDH S y Marper contra Reino Unido, de 4-12-2008 y la regulación española sobre obtención y registro de identificadores obtenidos a partir del ADN del sospechoso o imputado”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 2009, pág. 6-21.

³³⁶ Cfr. DIETRICH PLAZA, C., “El Tratado de Prüm en el marco de la regulación de la protección de datos personales en la U.E”, *cit.*, pág. 57-63.

la *obtención en sí* se realice de una determinada manera (por ejemplo, que no se utilicen medidas coercitivas). La ejecución se regirá por la legislación del Estado requerido, así se desprende claramente de la Decisión Prüm, pero entendemos que no hay obstáculo en solicitar que también se respeten los procedimientos y formalidades que resulten esenciales en el Estado requirente. Hacerlo o no - y qué procedimientos y formalidades específicos deben requerirse- podrá condicionar de manera decisiva, como veremos, la admisibilidad en el proceso español de la prueba obtenida en otro Estado.

En el CPrüm/2005 era también objeto específico de regulación la solicitud para la obtención de otros datos, previa petición del requirente (art. 27). En este caso las autoridades competentes, que no tienen por qué ser judiciales, se prestarán asistencia recíproca de conformidad con las previsiones del CAAS/1990 y con arreglo a su derecho interno, dirigida, entre otros, a:

- la averiguación de la identidad del propietario y el usuario o conductores de vehículos terrestres, acuáticos y aéreos,
- obtener información sobre permisos de conducción, patentes de navegación y habilitaciones semejantes,
- la averiguación de residencia y del lugar del domicilio,
- la averiguación de los titulares de conexiones de teléfonos y de otros medios de telecomunicación, en la medida en que sean de acceso público,
- la averiguación de la identidad,
- la investigación sobre la procedencia de objetos, por ejemplo armas, vehículos de motor y vehículos acuáticos, así como consultas sobre vías de adquisición,
- transmitir informaciones obrantes en datos policiales y documentos policiales, o información procedente de recopilaciones de datos oficiales de acceso público,
- transmitir informaciones sobre la ejecución práctica de medidas de observación transfronteriza, persecuciones transfronterizas y entregas controladas.

2.2.2 Transmisión de información previamente obtenida

Como segunda (aunque principal) modalidad asistencial trataremos la transmisión de información que ya haya sido obtenida previamente en el Estado requerido y que por ello consta registrada en ficheros nacionales. Es la modalidad que aplica plenamente el principio de disponibilidad. La normativa dispensa un diferente tratamiento a los datos de ADN (art. 2-7), los datos dactiloscópicos (art. 8-11) y los datos de propietarios y usuarios de vehículos (art. 12), por lo que será necesario seguir esta distinción.

a) Datos de ADN

En relación con el ADN, se crea la obligación de que los Estados miembros mantengan unas bases de datos, denominadas ficheros nacionales de análisis de ADN, con la finalidad de perseguir delitos. Será la legislación interna de cada Estado la que regule el tratamiento de los datos almacenados en esos ficheros. Estos ficheros nacionales

contarán con un índice de referencia. Estos índices no permiten identificar al interesado mediante el acceso a sus datos personales. Por el contrario, estarán conformados por la parte no codificante del ADN y un número de referencia. Los puntos de contacto nacionales tendrán acceso a los índices de referencia de los ficheros de otros Estado parte. De este modo podrán realizar consultas automatizadas para la comparación de ADN, pero podrán hacerlo sólo con la finalidad de perseguir delitos, para casos concretos y con arreglo al derecho interno de la parte que formula la consulta.

Sólo en el supuesto de que hubiera concordancia en esta consulta automatizada, esto es, si coincide el perfil de ADN del que dispone la autoridad requirente que formula la consulta con el almacenado en el fichero de la Parte requerida, se podrán transmitir otros datos de carácter personal, transmisión que deberá efectuarse con arreglo al derecho interno de la Parte requerida. En este punto se menciona en el artículo 5 de la Decisión Prüm que se incluyen las disposiciones de asistencia judicial, expresión que nos hace concluir que no será necesariamente obligatorio acudir a estos mecanismos de asistencia judicial, sino que dependerá de lo que se disponga en la legislación interna del Estado requerido.

Específico tratamiento se recoge para las llamadas “huellas abiertas” o muestras dubitadas, esto es, que no puedan atribuirse a ninguna persona, permitiéndose la comparación automatizada de todas las huellas abiertas de un Estado parte. Los índices de referencia de las huellas abiertas deberán estar específicamente reseñados como tales. De mutuo acuerdo, y a través de los puntos de contacto nacionales, se podrán comparar todos los perfiles de ADN de huellas abiertas de un Parte con los contenidos en los índices de referencia de otra Parte, siempre con la exclusiva finalidad de perseguir delitos y si así lo permite el derecho interno del requirente. Si hubiera concordancia, se transmitirán los datos de carácter personal asociados a ese perfil de ADN, en los mismos términos que la consulta individualizada anteriormente expuesta.

b) Datos dactiloscópicos

En relación con los datos dactiloscópicos³³⁷, se constituyen también índices de referencia relativos a datos contenidos en sistemas automatizados nacionales de identificación dactiloscópica, creados en este caso no sólo para la persecución de los delitos sino también para su prevención. Idéntico régimen que para los ficheros de ADN se prevé para los datos dactiloscópicos, con la salvedad ya mencionada de su finalidad también preventiva. Se incluye una remisión a la legislación interna del Estado requerido incluidas, en su casos, las disposiciones sobre asistencia judicial.

c) Datos de propietarios y usuarios de vehículos

Finalmente, se configura otro régimen para los datos que consten en los registros nacionales de vehículos, donde a través de consultas automatizadas podrá obtenerse directamente la información relativa a los propietarios y usuarios y a los vehículos, ya para los fines represivos y preventivos expuestos y también para la prevención de amenazas para la seguridad y el orden público. La consulta automatizada deberá hacerse utilizando para ello el número completo de identificación de un vehículo o una matrícula completa, siempre de conformidad con la legislación del Estado requirente.

³³⁷ Sobre el intercambio de estos datos y los de vehículos matriculados en la UE cfr. DEL MORAL TORRES, A., *Cooperación policial en la Unión Europea*, Madrid, 2011, pág.214-216.

2.3 Disposiciones generales sobre protección de datos

La Decisión Prüm, como ya hacía el CPrüm/2005, contiene unas normas generales para la protección de los datos obtenidos y transmitidos conforme a esta normativa. Nos interesa destacar que consagra el principio de especialidad, de modo que la Parte requirente únicamente podrá utilizar los datos de carácter personal para los fines para los que le fueron transmitidos. Si se necesitaran para otros fines, deberá recabar autorización de la Parte titular del fichero del que se obtuvo el dato, siempre que obtener el dato sea admisible de conformidad con su legislación (art. 26 Decisión Prüm).

Por otra parte, para el tratamiento de los datos de carácter personal remite a la normativa interna de los Estados miembros, pero estableciendo un mínimo, consistente en el nivel de protección del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Esta referencia se justifica por el hecho de que, al tiempo de la promulgación de la Decisión Prüm, no había sido aprobada en la UE la normativa hoy día vigente, la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal³³⁸.

Dentro de estas disposiciones generales que se contienen en la Decisión Prüm se regula la necesidad de velar por la exactitud de los datos, la facultad de instar su corrección y su cancelación. En lo que a esto último respecta, se establece unas normas de mínimo, consistentes en que:

- Los datos de carácter personal transmitidos que no hubieran debido transmitirse o recibirse deberán ser cancelados;
- Los lícitamente transmitidos y recibidos se cancelarán cuando no sean necesarios para el fin para el que se transmitieron o una vez transcurrido el plazo máximo de conservación de los datos previsto en el Derecho nacional del Estado miembro transmisor, siempre y cuando en el momento de la transmisión se haya informado de dicho plazo.

Por tanto, se descansa de manera decisiva en la legislación interna de los Estados miembros, que en lo que a cancelación se refiere vendría constituida en España por el artículo 9 LO 10/2007.

3. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN E INTELIGENCIA ENTRE LOS SERVICIOS DE SEGURIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

La información que obra en poder de las autoridades policiales de un Estado miembro puede ser relevante para una investigación criminal que se sigue en otro Estado. Esta información policial puede tener distintos orígenes, puede tratarse de datos que automáticamente se facilitan a las autoridades policiales, puede ser que hayan accedido a ella previa autorización judicial o que hayan recabado con técnicas policiales que no la requieran. El régimen de transmisión a autoridades de otros Estados podrá variar según el caso ante el que nos encontremos.

Ejemplo del primer supuesto sería el registro de huéspedes de hoteles y demás establecimientos de alojamiento abiertos al público. Los datos personales de los

³³⁸ DOUE L 350 de 30 de diciembre de 2008.

clientes alojados se facilitan automática y periódicamente a las autoridades policiales del Estado donde el establecimiento opera. Es claro que el hecho de conocer si un determinado investigado estuvo o no hospedado en un lugar concreto en un momento determinado puede servir para la investigación penal seguida por autoridades de otro país, pues puede ser un medio para descartar la participación de ese sospechoso en el hecho delictivo investigado.

Ilustremos también con un ejemplo la información que puede obrar a disposición de autoridades policiales, pero que ha requerido previamente autorización judicial para su obtención, siendo esta información útil para autoridades de otros Estados. Imaginemos una reyerta en territorio español en zona fronteriza con Portugal que se salda con un responsable - cuya identidad se desconoce - herido en accidente de tráfico durante su fuga. Las autoridades policiales pueden requerir el historial médico de los pacientes ingresados en hospitales de la zona para tratar de esclarecer la autoría del hecho y para obtener esta información puede ser precisa autorización judicial. Tal información puede ser relevante para una investigación penal portuguesa, por ejemplo por estar sus autoridades esclareciendo si el responsable de un accidente de tráfico en Portugal - que fue trasladado a un hospital español por ser el más cercano - conducía bajo los efectos del alcohol. Que su historia clínica obre en poder de la policía española y que sea útil para el proceso portugués no implica su disponibilidad automática para las autoridades de este Estado, como veremos a continuación.

Finalmente, durante la elaboración de un atestado policial pueden tomarse manifestaciones a testigos y la información facilitada por alguno de ellos puede ser relevante para la investigación seguida en otro Estado. Por ejemplo, un amigo del investigado puede declarar que no sabe nada del homicidio cometido en España pero que sí tuvo conocimiento del delito de asesinato que ese mismo investigado cometió en Italia. Esta información a disposición de las autoridades españolas puede ser relevante para las autoridades italianas.

Esto motiva que nos ocupemos de la Decisión Marco 2006/960/JAI de 18 de diciembre sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea³³⁹ (en adelante DM 2006/960) implementada en nuestro derecho interno por la Ley 31/2010 de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante Ley 31/2010) y por la Ley 6/2010 de 27 de julio, complementaria de la anterior, por la que se modifica la LOPJ³⁴⁰.

Lo que se pretende expresamente con la “iniciativa sueca” (término por el que es conocida la DM 2006/960 en atención al Estado que promovió su promulgación) es que los servicios de seguridad puedan facilitar la información de que dispongan, de modo que este suministro no esté supeditado a condiciones más estrictas que las aplicables a escala nacional para el suministro y la solicitud de información e inteligencia. La DM 2006/960 supone por tanto una plasmación del principio de disponibilidad³⁴¹, cuestión

³³⁹ DOUE L 386 de 29 de diciembre de 2006.

³⁴⁰ Ambas en BOE de 28 de julio de 2010.

³⁴¹ Extensamente sobre esta DM 2006/960 y hasta qué punto se refiere a datos disponibles, cfr. AGUILERA MORALES, M., “Simplificación en el intercambio de información e inteligencia criminal en la Unión Europea: la decisión marco 2006/960/JAI como herramienta para su consolidación como espacio de seguridad” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir/ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord)*, Cizur Menor, 2012, págs.579-590. Sobre las dificultades del intercambio fluido de información entre los cuerpos policiales y la necesidad de llevar a cabo cambios de profundidad en las bases de datos de los servicios nacionales de policía de los distintos Estados miembros para hacer efectiva la DM 2006/960 cfr. DEL

que si bien no se dice expresamente, se deduce implícitamente de una lectura íntegra de su articulado y expresamente de la definición de su objetivo, que no es otro que establecer las normas en virtud de las cuales los servicios de seguridad de los Estados miembros puedan intercambiar de forma rápida y eficaz la *información e inteligencia disponibles* para llevar a cabo investigaciones criminales u operaciones de inteligencia criminal (art. 1 DM 2006/960).

Que la información debe estar disponible, es decir, debe existir previamente, se deduce también del hecho de que se proclame que esta normativa no pretende crear una obligación genérica de obtener determinada información para ponerla a disposición de los demás Estados, ni genera obligación de obtener una información concreta tras recibir una solicitud. También del hecho de que al definir el concepto de información e inteligencia se refiera a todo tipo de información o datos en poder de los servicios de seguridad; de autoridades públicas o entes privados, de la que puedan disponer los servicios de seguridad sin tener que utilizar medidas coercitivas. Consecuentemente, sólo se podrá solicitar información e inteligencia cuando existan razones de hecho para creer que otro Estado miembro *dispone* de información e inteligencia pertinente, razones que deben de ser explicitadas en la solicitud.

Es importante tener en cuenta a los efectos que aquí nos interesan que, como expresamente se recoge en los considerandos, el intercambio de información debe poder realizarse en las distintas fases de la investigación, desde la fase de recogida de inteligencia criminal hasta la fase de investigación criminal.

También que no sólo se aplica a los Estados miembros, pues al ser normativa que desarrolla el acervo Schengen es aplicable además a Estados no miembros, como Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza.

Se arbitran dos modalidades de suministro de información e inteligencia:

1) Intercambio espontáneo

Sin necesidad de solicitud previa, los servicios de seguridad competentes de un Estado miembro pueden facilitar a los servicios de seguridad competentes de los demás Estados miembros interesados información e inteligencia cuando haya razones de hecho para creer que esa información e inteligencia pueden ayudar al descubrimiento, la prevención o la investigación de determinados delitos (las 32 categorías delictivas que eximen del control de doble tipificación de la conducta en la orden europea de detención y entrega siempre y cuando vengan castigadas con una pena máxima de prisión de al menos 3 años)³⁴².

Un ejemplo de intercambio espontáneo de información podría ser el mencionado con anterioridad relativo a que el testigo declare en dependencias policiales que

MORAL TORRES, A., “La cooperación policial en la Unión Europea: propuesta de un modelo europeo de inteligencia criminal”, ARI 50/2010, *Real Instituto Elcano*.

³⁴² La Ley 31/2010 hace referencia en este y en otros puntos de su articulado al artículo 9 apartado primero de la Ley 3/2003 de 14 de marzo, de orden europea de detención y entrega, que era la legislación española de transposición de la normativa europea sobre esta materia en el momento de su promulgación. No obstante, conviene tener en cuenta que esta Ley 3/2003 ha sido derogada por la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM) sin que se haya modificado en consecuencia la Ley 31/2010, cuestión que entendemos sería recomendable hacer de modo que, con mejor técnica legislativa, remita en este particular al art. 47.1 LRM, en su remisión al art. 20.1 LRM.

desconoce las circunstancias del homicidio atribuido a su amigo (el investigado) en España pero que sí tiene conocimiento de que participó éste en un delito de asesinato cometido en Italia, del que aporta datos concretos y precisos. Es lógico suponer que esta información será transmitida espontáneamente por las autoridades policiales españolas a las italianas con la finalidad de que éstas esclarezcan el delito cometido en su territorio.

AGUILERA muestra perplejidad con el hecho de que el legislador europeo haya limitado sólo a estas categorías delictivas el intercambio espontáneo de información e inteligencia. Coincidimos con esta autora en que ello no puede ser óbice para que los Estados permitan ampliar el ámbito del intercambio a cualquier hecho delictivo, siempre que así venga permitido por la normativa interna³⁴³. No obstante, conviene tener presente que la opción escogida por el legislador español en la Ley 31/2010 es mantener el criterio consagrado en la DM 2006/960, de modo que el artículo 12 de la legislación española limita el suministro espontáneo de información únicamente a ese elenco de delitos.

Para este supuesto no se contempla en la normativa europea un modelo o formulario específico en el que facilitar la información.

2) Intercambio de información o inteligencia previa solicitud

En otras ocasiones, la transmisión de información requerirá una previa solicitud de las autoridades que la necesitan para la investigación penal a las autoridades que tienen la información a su disposición.

En el caso del registro hotelero, serán las autoridades del Estado que investiga un hecho delictivo las que deberán solicitar a las autoridades policiales del Estado donde se ubica el establecimiento que faciliten datos precisos sobre si un determinado investigado se encontraba hospedado en su territorio, como puede haber alegado a modo de coartada.

En el ejemplo de la reyerta en zona fronteriza hispano-lusa, las autoridades policiales españolas – que han accedido al historial clínico de una serie de lesionados ingresados en un hospital de la zona - no conocerán el hecho de que para la investigación portuguesa por el accidente de tráfico es preciso acceder al historial clínico del presunto autor del hecho delictivo en Portugal a fin de esclarecer si conducía bajo los efectos del alcohol. En este caso lo probable es que sean las autoridades portuguesas las que soliciten de las españolas acceder a esta información.

El principio inspirador de toda la normativa es que este suministro no esté supeditado a condiciones más estrictas que las aplicables a escala nacional. Concretamente, se hará sin necesidad de aprobación o autorización judicial del suministro si para un procedimiento interno dicha autorización no fuera necesaria (aunque, en el caso de que sí lo fuera, el servicio de seguridad requerido tendrá obligación de solicitar el permiso correspondiente de la autoridad judicial).

Consecuentemente, siguiendo con los ejemplos con los que venimos ilustrando este supuesto, en el caso español no será preciso autorización judicial para la transmisión del registro hotelero y sin embargo, sí lo será para dar acceso a las autoridades

³⁴³ Cfr. AGUILERA MORALES, M., “Simplificación en el intercambio de información e inteligencia criminal en la Unión Europea: la decisión marco 2006/960/JAI como herramienta para su consolidación como espacio de seguridad” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa* (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir/ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord), Cizur Menor, 2012, pág.609.

policiales del otro Estado al historial médico, porque se requirió autorización judicial para que la policía española pudiera acceder al mismo.

Para garantizar un intercambio rápido y eficaz de información entre los servicios de seguridad se acude a distintos mecanismos:

- Se proponen unos formularios comunes, tanto para la solicitud (anexo B) que cursa el requirente de la información, como para la transmisión, retraso o denegación de la misma por parte del requerido (anexo A), que no serán obligatorios, pero que pretenden estandarizar la forma de realizar el intercambio³⁴⁴.
- Se fijan unos plazos breves: ocho horas, una semana o catorce días, dependiendo de la urgencia del caso o de que dicha información se encuentre en una base de datos a la que tenga acceso directo el servicio de seguridad y de que se trate de información relativa a delitos que, en la normativa de la orden europea de detención y entrega excluyen el control de doble tipificación de la conducta.

En relación con la solicitud, la DM 2006/960 establece que la finalidad para la que se puede pedir la información es la prevención, el descubrimiento o la investigación de un delito, debiéndose explicitarse el fin perseguido y la vinculación con la persona objeto de información.

En cuanto a la respuesta, el procedimiento que debe seguir cada Estado para efectuarla no viene armonizado en la DM 2006/960, que respeta la diversidad de legislaciones de los Estados miembros sobre este particular. Ahora bien, impide que la legislación estatal establezca requisitos adicionales por el hecho de que la información o la inteligencia se transmitan a un servicio de seguridad de otro Estado miembro. Equipara, en consecuencia, la transmisión nacional a la transmisión a otro Estado de la UE. De este modo, si para la transmisión nacional de esta información no es necesaria autorización judicial tampoco lo será cuando se trate de autoridades policiales de otro Estado. Ahora bien, si la normativa interna de cada Estado exige autorización judicial, entonces ésta deberá recabarse. En todo caso, se respeta el principio de especialidad en relación con el origen de la información, de modo que cuando la información o inteligencia solicitada se haya obtenido de otro Estado miembro o de un tercer país y esté sujeta a la regla de la especialidad, su transmisión al servicio de seguridad competente de otro Estado miembro únicamente podrá realizarse con el consentimiento del Estado miembro o del tercer país que proporcionó dicha información o inteligencia

Asimismo, se recogen unos motivos tasados para no transmitir la información. Estos motivos consisten en que hacerlo perjudicaría los intereses esenciales en materia de seguridad nacional del Estado miembro requerido, comprometería el éxito de una investigación en curso o de una operación de inteligencia criminal o la seguridad de las personas, sería claramente desproporcionado o irrelevante para el fin que persigue la solicitud, por razones de proporcionalidad cuando la solicitud se refiera a un delito castigado con pena de prisión igual o inferior a un año con arreglo a la legislación del

³⁴⁴ En relación con los formularios comunes, nos llama la atención que el artículo 7.2 de la Ley 31/2010 remita a los modelos que apruebe el Ministerio de Interior, cuestión que puede tener su amparo en el hecho de que estos formularios no sean obligatorios. Cuestión distinta es que sea razonable apartarse del modelo propuesto como común para todos los Estados miembros. Consideramos preferible la técnica utilizada por el legislador español cuando traspone los instrumentos de reconocimiento mutuo, incorporando los formularios en anexos a la ley española.

Estado miembro requerido o si la autoridad judicial competente no ha autorizado el acceso y el intercambio de la información solicitada.

La Ley 31/2010 - y la correlativa LO 6/2010- regulan la atribución competencial a órganos judiciales españoles cuando, de conformidad con la legislación española, resulte necesario recabar autorización judicial para la transmisión de la información a otro Estado miembro. Al respecto se distingue los siguientes supuestos:

- en el caso de que la información solicitada forme parte de una investigación judicial, autorizará o denegará la transmisión de información la autoridad judicial que conozca del procedimiento penal;
- si la autorización judicial es necesaria para acceder a la información –y, por lógica en relación con el otro criterio competencial, entendemos que además no debe estar ya incorporada a ningún procedimiento judicial- los órganos judiciales competentes para autorizar o denegar la transmisión serán los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional³⁴⁵.

En relación con el uso una vez transmitida la información, las características principales de la regulación serían las siguientes:

- Principio de especialidad: sólo podrán utilizarlas para los fines para los cuales fueron facilitadas o para prevenir una amenaza grave e inminente a la seguridad pública. El tratamiento de dicha información para otros fines sólo se permitirá con la autorización previa del Estado miembro transmisor y estará sujeto a la legislación nacional del Estado miembro receptor. La autorización podrá concederse siempre y cuando así lo permita la legislación del Estado miembro transmisor. Recordemos en este punto que los fines para los que se necesita la información deben hacerse constar en la solicitud.
- Confidencialidad: siempre con respeto al derecho interno de cada Estado, deberá garantizarse el carácter confidencial de la información si así se requiere.
- Uso condicionado: El servicio de seguridad competente que facilite información e inteligencia podrá, con arreglo a su derecho interno, imponer condiciones para el uso de la información e inteligencia al servicio de seguridad competente destinatario. También podrá imponer condiciones relativas a la notificación de los resultados de la investigación criminal o de la operación de inteligencia criminal en cuyo contexto se haya producido el intercambio de información e inteligencia. El servicio de seguridad

³⁴⁵ AGUILERA apunta aquí la dificultad de que nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado conozcan cuando una determinada información está o no incorporada a un procedimiento judicial, Cfr. AGUILERA MORALES, M., “Simplificación en el intercambio de información e inteligencia criminal en la Unión Europea: la decisión marco 2006/960/JAI como herramienta para su consolidación como espacio de seguridad” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir/ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord)*, Cizur Menor, 2012, pág. 602-603. Compartimos esta apreciación, aunque quizás hoy día la dificultad se ha mitigado por la efectiva puesta en funcionamiento del CITCO – Centro de Inteligencia y Terrorismo contra el Crimen Organizado- que, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, permite la efectiva coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de modo que pueda conocerse, por ejemplo, si la información de un determinado teléfono está siendo investigada por uno de los dos cuerpos por haber obtenido la correspondiente autorización judicial para ello.

competente receptor estará obligado a respetar dichas condiciones salvo en aquellos casos en que el derecho nacional establezca excepciones a esas limitaciones en beneficio de las autoridades judiciales, de los órganos legislativos o de cualquier otro órgano independiente creado en virtud de la ley y encargado de la supervisión de los servicios de seguridad competentes. En dichos casos, sólo se podrá utilizar la información e inteligencia previa consulta al Estado miembro transmisor, cuyos intereses y opiniones se tendrán en cuenta en la medida de lo posible. En casos específicos, el Estado miembro transmisor podrá pedir al Estado miembro receptor explicaciones sobre el uso y posterior tratamiento de la información e inteligencia transmitida.

Interesa destacar, en lo que aquí nos ocupa, que el articulado menciona que no hay obligación de facilitar la información para que se utilice *como prueba* ante una autoridad judicial y tampoco confiere derecho alguno a dicha utilización. No obstante, tampoco excluye tajantemente su uso como tal. Lo permite pero será necesario recabar el consentimiento del Estado miembro que haya facilitado la información (acudiendo a los mecanismos de cooperación judicial si la legislación interna del Estado así lo contempla). Cabe, sin embargo, que en el momento de la transmisión se autorice expresamente a que la misma sea utilizada como “prueba” (en el modelo de transmisión se recoge una casilla, de cumplimentación facultativa, que expresamente autoriza a utilizar la información a otros efectos, bajo las condiciones que se reseñen). Sobre este particular la Ley 31/2010 pretende en cierta medida adelantar trámites al señalar que cuando por los servicios de seguridad españoles competentes pueda deducirse que la información o inteligencia solicitada haya de resultar *relevante a efectos de prueba* en un procedimiento ante una autoridad judicial española, en el momento de la solicitud se procederá a recabar el consentimiento del Estado miembro para su utilización a tal fin. Esto es, se anticipa la petición de autorización, a diferencia de la normativa europea que parece diferir este trámite a un momento posterior, cuando la información ya ha sido transmitida y se ha apreciado que resulta útil a efectos de prueba.

Este instrumento jurídico que estamos ahora analizando regula, en principio, la transmisión de información para las investigaciones. Cabe que nos preguntemos a qué se refiere cuando alude a la posibilidad de que se utilice como prueba. En nuestra opinión, está mencionando la posibilidad de *usar esa información* en un proceso penal. En ninguna de las dos normas (ni en la europea ni en la española) se aborda la *eficacia o valor probatorio* que puede tener en el proceso nacional la información recibida de los servicios de seguridad de otro Estado miembro, incluso aunque éste haya autorizado que se utilicen como prueba. Esto, como tendremos ocasión de analizar en el último de los capítulos de esta obra, ha tenido su repercusión jurisprudencial al cuestionarse ante nuestros tribunales la admisibilidad de esta información que accede al proceso español y hasta qué punto puede dudarse de la legitimidad en su obtención por los servicios de seguridad del Estado miembro que facilitó la misma.

4. ANTECEDENTES PENALES

La información sobre antecedentes penales recaídos como consecuencia de un proceso seguido en otro Estado puede acceder al proceso penal que se sustancia en un Estado diferente mediante peticiones específicas basadas en los mecanismos de asistencia judicial o mediante el intercambio de la información disponible de los registros de antecedentes penales nacionales.

Investigar y acreditar la existencia de antecedentes penales recaídos en otro Estado miembro puede ser útil durante la fase de instrucción y de enjuiciamiento para varias finalidades, como acordar o no la prisión provisional, apreciar la reincidencia o declarar la existencia de cosa juzgada.

En este sentido recordemos que el artículo 503 LECrim, al establecer los requisitos que deben concurrir para acordar el ingreso en prisión provisional, hace referencia a los antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso (apartado primero de ese precepto) o a que el investigado venga actuando concertadamente con otras personas de forma organizada o realiza actividades delictivas con habitualidad (apartado segundo).

Pero la investigación y acreditación de los antecedentes penales será especialmente importante en materia de reincidencia. Conviene recordar que con ocasión de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el actual artículo 22.8º CP al configurar la agravante de reincidencia señala expresamente que “las condenas firmes de jueces y tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”. Por tanto, si antes de la reforma para aplicar la reincidencia con base en antecedentes originados en otros Estados miembros era necesario que se diera el presupuesto de que el proceso español se siguiera por unas concretas figuras delictivas (trata de seres humanos, prostitución y corrupción de menores, contra la salud pública, falsificación de moneda, de efectos timbrados y terrorismo) en la actualidad la toma en consideración de estos antecedentes a efectos de reincidencia no tiene limitación alguna *ratione materiae*. En este nuevo escenario, de la misma manera que en toda instrucción nacional el Juez de Instrucción deberá recabar los antecedentes penales y el tribunal sentenciador deberá tenerlos en cuenta para valorar si aplica la agravante de reincidencia, este deber de investigación y valoración se extenderá a los antecedentes penales que tengan su origen en procesos penales sustanciados en otros Estados miembros³⁴⁶.

Lógico es, por tanto, que en el ámbito de la UE estos antecedentes penales estén automáticamente disponibles para las autoridades judiciales nacionales, pues desde luego no sería posible esta toma en consideración si en todas y cada una de las causas instruidas fuese necesario acudir a los mecanismos de asistencia judicial internacional para obtener este dato de otro Estado³⁴⁷. Especialmente no lo sería con ocasión de los procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 795-803 LECrim), dados los breves plazos que en estos casos se prevén en la normativa procesal.

La UE, con el objetivo de materializar la creación de un mismo espacio de libertad, seguridad y justicia ha extendido el principio de disponibilidad de la información a toda aquella que versa sobre antecedentes penales. Lo ha hecho como presupuesto para poder aplicar la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión

³⁴⁶ En este sentido, el art. 15 de la LO 7/2014 exige que los antecedentes penales se recaben de oficio “cuando se trate de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea o ciudadanos que hayan tenido residencia o nacionalidad en otro Estado o nacionales de otros Estados con los que se haya suscrito el correspondiente Convenio de cooperación”. Lamentablemente, el art. 379 LECrim no ha sido modificado en consecuencia, haciendo que previsiblemente esta nueva obligación pase en alguna ocasión desapercibida para el operador jurídico nacional.

³⁴⁷ Sobre la obtención de antecedentes penales por mecanismos convencionales cfr. PALOMO DEL ARCO, A., “Intercambio de información sobre condenas penales en el Espacio Judicial Europeo. Descripción y apuntes críticos” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Granada, 2011, pág.234-237.

Europea con motivo de un nuevo proceso penal³⁴⁸ que, como tendremos ocasión de ver en el próximo capítulo, es un instrumento promulgado al amparo del principio de reconocimiento mutuo.

Su finalidad es que las resoluciones condenatorias dictadas en otro Estado miembro produzcan en otro Estado las mismas consecuencias jurídicas que se hubiesen sido dictadas por sus autoridades nacionales. La toma en consideración tendrá lugar, por establecerlo así expresamente, en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena.

Una vez regulado por la Unión Europea que las condenas previas dictadas en un Estado miembro deben tener las mismas consecuencias jurídicas que las dictadas en el Estado que conoce del nuevo proceso penal (lo que se ha venido a denominar *principio de equivalencia de condenas*) resultaba necesario arbitrar los mecanismos para poder obtener esta información sobre antecedentes penales de manera eficaz, en definitiva, era imprescindible garantizar esta consulta ágil a la que antes nos referíamos³⁴⁹. Con tal finalidad, la Unión Europea ha promulgado una serie de instrumentos jurídicos que mejoran la normativa inicial con la que se había intentado agilizar este intercambio. Sin entrar en los precedentes que ya habían avanzado en esta línea³⁵⁰, nos centraremos ahora en la normativa vigente, que viene constituida por la Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros³⁵¹ (en adelante DM 2008/315). El sistema toma como base la nacionalidad del condenado y la comunicación a través de las autoridades centrales de los Estados miembros. De este modo, cuando se produce una condena de un no nacional en un determinado Estado miembro, la autoridad central del Estado de condena deberá comunicarlo a la autoridad central del Estado de nacionalidad del condenado, que deberá conservar esta información y transmitirla cuando le sea solicitada. Lógicamente, también se transmitirán las modificaciones o cancelaciones que de estos antecedentes pudieran producirse. Regula también el sistema de solicitud de información de condenas a través de autoridades centrales y con un plazo de respuesta que no puede exceder de diez días hábiles desde la fecha de recepción de la solicitud. En consecuencia, el intercambio de información de la DM 2008/315 tiene una doble modalidad:

³⁴⁸ DOUE L 220 de 15 de agosto de 2008.

³⁴⁹ No queremos decir con esto que antes no existiera ya una preocupación en la UE por el intercambio de antecedentes penales entre los Estados miembros. Significativo de que sí la había es el Libro blanco relativo al intercambio de información sobre condenas penales y sus efectos en la Unión Europea (documento COM 2005 10 final de 25 de enero de 2005). Lo que queremos poner de manifiesto es que tras la promulgación de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, se hizo aún más patente esta necesidad.

³⁵⁰ Que vendrían constituidos por la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, relativa al intercambio de la información de los registros de antecedentes penales, DOUE L 322 de 9 de diciembre de 2005, Decisión derogada por la que ahora nos ocupará, la Decisión Marco 2008/315. Sobre esta regulación anterior cfr. PALOMO DEL ARCO, A., “Intercambio de información sobre condenas penales en el Espacio Judicial Europeo. Descripción y apuntes críticos” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Granada, 2011, pág.236-242; cfr. PARRA GARCÍA, J., “Recursos legales de cooperación penal: la práctica de notificaciones y el traslado de documentos procesales y resoluciones judiciales. El intercambio de información y la petición de antecedentes penales comunitarios. Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959 y 2000 y Decisión 2005/876/JAI”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2007.

³⁵¹ DOUE L 93 de 7 de abril de 2009.

- Respecto de los propios nacionales, se recibirá la información sin previa solicitud y para su conservación por el Estado de nacionalidad – en su caso, para su posterior transmisión-;
- Respecto de los nacionales de otros Estados, se podrán cursar peticiones específicas a los Estados de su nacionalidad para acceder a los antecedentes penales que hayan sido inscritos como consecuencia de condenas pronunciadas en cualquier Estado de la Unión.

Esta distinción es muy importante a efectos del uso de esta información, porque la DM 2008/315 impone limitaciones en el uso de la información *solicitada* pero no cuando la información se ha recibido por ser el afectado nacional de ese Estado. Concretamente, en lo que a los procedimientos penales se refiere, el artículo 9.1 estipula “que los datos de carácter personal que hayan sido comunicados para su uso en un procedimiento penal sólo podrán ser utilizados por el Estado miembro requirente en el marco del procedimiento penal para el cual se solicitaron, según consta en el formulario que figura en el anexo”. Efectivamente, en el formulario debe indicarse la autoridad ante la que esté incoado el procedimiento y el número de referencia del asunto si se conoce. La única excepción a esta especialidad del uso la encontramos en el artículo 9.3 de la propia DM 2008/315, que permite la utilización de este dato personal para evitar una amenaza inminente y grave para la seguridad pública.

No acabamos de entender la lógica de esta regulación porque, desde nuestro punto de vista, atribuye unas consecuencias jurídicas a las condenas dictadas en otros Estados miembros según el condenado sea o no nacional.

Veámoslo con algún ejemplo. Si en Francia un ciudadano español es condenado, este país remitirá sin previa solicitud española los datos de la condena para su inscripción en el Registro Central de Penados español y ello al ser Francia el Estado de condena y España el Estado de nacionalidad. Transmitida la información, las autoridades policiales y judiciales españolas podrán utilizar esta información sin limitación alguna (tanto para aquello que pueda perjudicar al condenado como para aquello que pueda beneficiarle). Sin embargo, si el investigado en España es francés, será el Registro Central de Penados el que deberá solicitar a Francia los antecedentes penales y éstos sólo podrán ser utilizados para el procedimiento concreto para el que se transmiten. Si en un ulterior procedimiento español no se solicitan de nuevo estos datos la información anterior no podrá ser utilizada – con independencia de que hacerlo beneficie o perjudique al condenado -. Este doble tratamiento, en definitiva, esta distinción en las condiciones de uso según la información sea solicitada o transmitida de oficio nos parece que carece de lógica y que es fruto de una deficiente técnica legislativa europea.

En España fueron implementadas ambas Decisiones Marco (la DM 2008/657 y la DM 2008/315) mediante la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea³⁵² (en adelante LO 7/2014), en cuya exposición de motivos se hace referencia a la reforma del Código Penal que se encontraba en trámite en ese momento precisamente para reformar la reincidencia, en los términos que hemos visto y como consecuencia también de esta normativa europea. Se designa como autoridad central, competente para la remisión y petición de información relativa a antecedentes penales, al Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia. La transposición a España de esta normativa no ha estado exenta de dificultades interpretativas. No entraremos ahora más que en aquella cuestión que detectamos como problemática de la implementación

³⁵² BOE de 13 de noviembre de 2014.

española a los efectos que ahora nos ocupan, la investigación y prueba de los antecedentes penales y su posterior uso en el procedimiento español, sin perjuicio de cuales sean las consecuencias jurídicas que su toma en consideración conlleven.

Donde apreciamos una defectuosa técnica legislativa en la implementación de estas normas es en lo relativo a las condiciones de uso de los antecedentes penales. El artículo 13 de la LO 7/2014 mantiene, como no podía ser de otra manera, el principio de especialidad de la información transmitida. Así dice literalmente que “los datos personales incluidos en la respuesta enviada por otro Estado miembro sobre los antecedentes penales de una persona sólo podrán ser utilizados para los fines con que fueron solicitados y no serán conservados en el Registro Central de Penados”. Hasta ahí ningún problema apreciamos. Pero a continuación establece la siguiente excepción “salvo que la solicitud haya sido realizada por el propio Registro Central de Penados para actualizar debidamente la información registrada, haciendo constar este propósito en la solicitud”. Esta excepción es, a nuestro juicio, de difícil comprensión. Si se está refiriendo a nacionales españoles, la información no debería ser solicitada por el Registro Central de Penados, sino remitida de oficio por las autoridades centrales de los demás Estados miembros. Si se refiere a ciudadanos no nacionales, la limitación en el uso de la información viene dada por la DM 2008/315, sin que pueda alterarse, esto es, sólo se puede utilizar para el procedimiento para el que se pidió. Si se refiere a la actualización de esta información para el mismo procedimiento no era necesario recoger salvedad alguna, pues el proceso no variaba.

En lo que a residentes en España concierne, la LO 7/2014 los equipara, a efectos jurídicos, a los nacionales españoles (también con los que hayan sido condenados con anterioridad, cualquiera que sea su nacionalidad). Eso parece deducirse del artículo 5.1 cuando dice que el Registro Central de Penados inscribirá las notas de condena transmitidas como firmes que, por considerar que se refiere a una persona con nacionalidad española, le hayan sido remitidas por la autoridad central del Estado miembro de condena. Si el Registro Central de Penados tuviera constancia cierta de que la notificación *se refiere a una persona que no tiene la nacionalidad española la rechazará, salvo que dicha persona hubiera sido condenada en España con anterioridad, fuera o hubiera sido residente en España o hubiera tenido la nacionalidad española*. Sin embargo, esta ampliación de la inscripción no está prevista en la DM 2008/315, aunque tampoco prohibida. Sobre esta cuestión reparó el Consejo de Estado, en su dictamen en relación con el Anteproyecto que dio lugar a esta LO 7/2014 (referencia 798/2013, dictamen de fecha 28 de noviembre de 2013). Pero lo que no fue objeto de análisis, ni en ese dictamen ni en los informes previos del Consejo Fiscal – 20 de marzo de 2013 - y del CGPJ – 11 de abril de 2013- es que ello podría redundar en la *ampliación del uso que puede hacerse de esos antecedentes penales* y esto sí podría infringir la norma europea. Insistimos en que el artículo 9 DM 2008/315 sólo permite utilizar los antecedentes penales transmitidos *para el proceso penal en el que se solicitaron* (y para una amenaza inminente y grave para la seguridad pública, cuestión esta última que sí se analiza en el informe del CGPJ y en el dictamen del Consejo de Estado). Si el antecedente penal del residente no español se inscribe en el Registro Central de Penados debe tenerse en cuenta que, como dato transmitido, sólo puede utilizarse a los fines para los que se solicitó. Su uso indistinto sería contrario al artículo 9 DM 2008/315. En nuestra opinión, la inclusión de los residentes obedece a una errónea interpretación del artículo 6.2 DM 2008/315 que lo único que regula es que el particular solicite a la autoridad central de un Estado del que sea o haya sido nacional o residente los antecedentes para que esta autoridad central curse la solicitud. De esta ampliación puede derivarse la extraña salvedad recogida en el artículo 13, de la que ya hemos dado cuenta.

Al margen de esta cuestión, retomando el hilo expositivo destacaremos ahora que la DM 2008/315 preveía también que para la organización y simplificación de este intercambio de información sobre condenas entre autoridades centrales se estableciera un sistema informatizado, que es precisamente lo que se lleva a cabo a través de la Decisión 2009/316/JAI del Consejo de 6 de abril de 2009 por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI³⁵³. Por tanto, enlazando con la observación inicial de este capítulo, podríamos decir que si bien es claro que la Decisión 2008/675 se basa en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, las dos últimas, la Decisión Marco 2008/315 y, singularmente, la Decisión 2009/316, son una manifestación clara, en nuestra opinión, del principio de disponibilidad.

Si con la Decisión Marco 2008/315 se definían las categorías de datos que deben introducirse en el sistema, los fines para los cuales se deben introducir los datos, los criterios para su introducción, las autoridades a las que se permite el acceso a los datos y algunas normas específicas sobre la protección de datos personales, con la Decisión 2009/316 se pone en marcha un formato normalizado que permite intercambiar la información de manera uniforme, electrónica y fácilmente traducible por ordenador. Pero no se crea con ello un registro único de antecedentes penales europeos; por el contrario, el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) es un sistema descentralizado de tecnología de la información, estando los datos de los registros de antecedentes penales almacenados únicamente en bases de datos manejadas por los Estados miembros. De este modo, a través de un sistema de comunicaciones seguro, lo que se transmiten son unos códigos (recogidos en los anexos de la Decisión 2009/316) que se corresponden con el delito por el que ha recaído la condena, el grado de ejecución, de participación, la existencia de eximente de responsabilidad penal o de reincidencia, la pena o medida impuesta y el estado de ejecución de ésta (suspendida, sustituida, entre otras).

BLANCO aporta datos muy relevantes de cómo se ha puesto en funcionamiento el sistema ECRIS; concretamente que España y Austria fueron los primeros Estados de la UE en intercambiar información sobre antecedentes penales en el entorno de pruebas de la aplicación, que en marzo de 2013 ya veintidós Estados miembros habían interconectado su registro de antecedentes penales a través de este nuevo sistema al menos con otro Estado miembro y que, al haber aceptado todos los Estados el idioma inglés como lengua de transmisión de estas solicitudes, las necesidades de traducción han quedado muy limitadas³⁵⁴.

En lo que al ámbito probatorio se refiere, es importante destacar que estos códigos que se transmiten a través de ECRIS, y que figuran en las tablas de referencia de categorías de delitos y de categorías de penas y medidas, no están concebidos para establecer equivalencias jurídicas entre delitos y penas y medidas en los distintos Estados miembros. Como expresamente se recoge en los considerandos de la Decisión 2009/316, es únicamente un instrumento destinado a ayudar al destinatario a tener una mejor comprensión de los hechos y del tipo de pena o medidas impuestas.

³⁵³ DOUE L 93 de 7 de abril de 2009.

³⁵⁴ Cfr. BLANCO QUINTANA, M.J., “La comunicación de antecedentes penales entre Estados miembros. El sistema europeo de información de antecedentes penales (ECRIS)” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2013.

Pero en alguna ocasión no será suficiente con la mera información de que el investigado ha sido condenado en otro Estado miembro. Será preciso conocer en detalle esa condena, para lo cual habrá que obtener copia de la sentencia. Como tuvimos ocasión de ver, ya en el Protocolo al CCE/1959 y en el propio CUE/2000 se regulaba expresamente la posibilidad de que las autoridades de un Estado, al ser informadas de los antecedentes penales, pidieran copia de la sentencia en que dicha condena se basaba. Esto mismo ocurre en relación con el intercambio de información sobre antecedentes operada mediante el sistema ECRIS, que puede tener que ser complementado con un petición de asistencia judicial internacional para recabar la copia de la sentencia condenatoria firme dictada, pues en ocasiones – por ejemplo para apreciar la existencia de cosa juzgada – sólo con la lectura íntegra de ésta podrá esclarecerse si, en atención a la naturaleza del hecho delictivo por el que recayó el pronunciamiento condenatorio, procede o no aplicar unas determinadas consecuencias jurídicas en el proceso que está sustanciándose en el otro Estado miembro. En atención a esto el artículo 4.4 de la DM 2008/315 posibilita que el Estado de condena facilite a la autoridad central del Estado de nacionalidad, previa petición expresa, “copia de las condenas y medidas subsiguientes, así como cualquier información conexa pertinente, para permitirle examinar si es necesario aplicar alguna medida a nivel nacional”. Pero, en atención a los términos de este artículo, esta petición de copia será siempre a través de las autoridades centrales, sin que, al menos de conformidad con la DM 2008/315, sea posible acudir a la comunicación directa entre la autoridad que pronunció la condena en la que se base el antecedente y el tribunal que necesita la copia de la sentencia para el proceso penal que se está sustanciando. Esta opción del legislador europeo– mantener la vía de la autoridad central en estas peticiones adicionales de información – supone un retroceso expreso en relación con el CUE/2000 (que permitió también en este área la relación directa entre las autoridades judiciales implicadas, como destacamos en su momento) y a la vista de los recientes instrumentos de reconocimiento mutuo que se han promulgado puede desde luego no ser la opción más eficaz. El legislador español, sin embargo, se ha apartado en este punto de la DM 2008/315, al establecer expresamente el artículo 15 de la LO 7/2014 que el juez o tribunal o el ministerio fiscal pueden obtener la información relativa a las resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados mediante el intercambio de información sobre antecedentes penales “o a través de los instrumentos de asistencia judicial vigentes”. Resta por ver, eso sí, si las autoridades de otros Estados miembros consienten en esta vía o si, por el contrario, obligarán a que se canalice por las autoridades centrales en estricta aplicación del artículo 4.4 DM 2008/315.

CAPÍTULO V

EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO-2. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO-3. LOS ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y SU RECEPCIÓN EN LOS TRATADOS -4. PLASMACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES -
4.1 Forma jurídica de los instrumentos-4.1.1 Las decisiones marco-4.1.2 Los actos jurídicos del tercer pilar tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa-4.1.3 Las novedades del Tratado de Lisboa en el espacio de libertad, seguridad y justicia -4.2 *Enumeración y clasificación de los instrumentos de reconocimiento mutuo* -5. LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO COMO SISTEMA DE NORMAS -6. LA IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO-7. PERSPECTIVAS DE FUTURO DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO: ARMONIZACIÓN DE GARANTÍAS PROCESALES EN LA UE

CAPÍTULO V

EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

El principio de reconocimiento mutuo³⁵⁵ en materia penal implica la eficacia de una resolución judicial de un Estado miembro – al que se denominará Estado de emisión – en todo el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, de modo que otro Estado miembro – el Estado de ejecución – está llamado a reconocerla y otorgarle efecto dentro de un plazo predeterminado, de modo que sólo por motivos tasados y de carácter excepcional la autoridad de ejecución puede negarle eficacia en su Estado³⁵⁶. Como principio inspirador de normas sirve de fundamento sólo para concretos y específicos instrumentos, teniendo, en consecuencia, un carácter sectorial o fragmentario.

Debemos destacar, en esta primera aproximación, lo inapropiado del término “reconocimiento mutuo” en relación con el significado del principio que nos ocupa. Lo que pretenden los instrumentos basados en este principio no es sólo permitir que la resolución transmitida al amparo de esta normativa sea reconocida. Lo que de verdad se pretende es que sea ejecutada o despliegue efectos en otro Estado miembro. Dicho de otro modo, de nada sirve que la autoridad que reciba la resolución la reconozca, en el sentido de entender que efectivamente es una resolución judicial, dictada en otro Estado miembro, e incluso ajustada a derecho, si no le va a otorgar efecto alguno en su Estado.

Conviene por ello distinguir, como haremos a lo largo de toda esta investigación, entre dos momentos claves y absolutamente diferenciados, que aparecen en todo caso en la aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo.

³⁵⁵ Sobre este principio la jurisprudencia es muy abundante, entre otros cfr. DE HOYOS SANCHO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea” en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, coord.), Barcelona, 2007, pág.67-93.

³⁵⁶ DE HOYOS alude a la necesidad de distinguir entre un concepto amplio y otro restringido del reconocimiento mutuo. Así, define el reconocimiento mutuo, en sentido amplio, como “la necesidad de que las decisiones en causas penales dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean reconocidas y ejecutadas preceptivamente y sin examen previo; dicho de otra manera, automáticamente” en otro Estado miembro. Destaca la autora, por una parte, la relación de este principio con el llamado “principio del Estado de procedencia”, que implicaría “que lo que es conforme a derecho en un Estado miembro de la Unión, debe ser reconocido y tenido por válido y efectivo en los otros”, y por otra, que tal entendimiento del principio de reconocimiento mutuo permitiría su calificación como “principio de equiparación o asimilación”. A continuación destaca que esta acepción amplia no es la que se contiene en los instrumentos dictados en su aplicación, como no podía ser de otra manera a la vista de la falta de armonización en aspectos tan fundamentales como las garantías de los procesados. La existencia de motivos de denegación del reconocimiento refleja que se ha plasmado un concepto restringido de este principio, y debe conducirnos a la llamada por la autora “mutua tutela judicial”, de modo que “tanto la autoridad judicial que formula la solicitud de reconocimiento como la competente para la ejecución sigan siendo de forma ineludible corresponsables de la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los sujetos afectados por cualquier forma de cooperación o reconocimiento”. Cfr. DE HOYOS SANCHO, M., “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, en *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales* (coord. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2008, pág. 56-68.

Un primer momento es aquel propiamente de reconocimiento, en el que una autoridad de un Estado miembro recibe una resolución judicial transmitida a través de esta específica normativa y procede a examinar la concurrencia de los requisitos que sólo atañen al reconocimiento. Concretamente, en esta primera fase analiza el tipo de autoridad que emite el instrumento, la vía de transmisión, las características lingüísticas del mismo o la satisfacción de los requisitos formales. Tras este primer examen decide si la reconoce o si deniega su reconocimiento.

Sólo cuando se supera esta primera valoración entraríamos en la segunda fase del proceso: la decisión sobre la eficacia del instrumento. Se analizan ahora la concurrencia de los requisitos que atañen al objeto específico de la actividad procesal que debe realizarse en el Estado de ejecución y si concurre alguna causa que obliga a denegar la ejecución (*ne bis in idem*, litispendencia, prescripción, por ejemplo) decidiendo finalmente si se otorga o se deniega la ejecución de la resolución penal transmitida.

Lo que se pretende con los instrumentos llamados de reconocimiento mutuo es que se culminen ambas fases, porque lo que en definitiva se persigue es la efectiva ejecución o eficacia de la resolución en otro Estado diferente al Estado miembro en el que fue dictada. Por tanto, la denominación “reconocimiento mutuo” nos parece, cuando menos, incompleta, al no hacer referencia al final del proceso que no es otro que la ejecución propiamente dicha.

Pero más inapropiado es aún la inclusión del término “mutuo” en la enunciación del principio. Este término tiene reminiscencias antiguas, evocando la reciprocidad, la mutua asistencia, cuando estos conceptos están (al menos teóricamente) definitivamente desterrados del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. De hecho, que un Estado se negase, por ejemplo, a ejecutar órdenes europeas de detención en relación con sus nacionales no podría ser causa legal para justificar idéntico comportamiento en los demás Estados cuando aquel Estado sea emisor³⁵⁷. La

³⁵⁷ Este supuesto, concretamente, se produjo en relación con Alemania a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005, que declaró nula la Ley alemana de trasposición de la Decisión Marco sobre la orden europea de detención y entrega, caso Darkazanli. El Tribunal Constitucional Alemán denegó la entrega de un nacional alemán, al entender que al trasponer la decisión marco de orden de detención y entrega al ordenamiento jurídico alemán no se protegieron suficientemente los intereses de los nacionales alemanes, concretamente en relación con los motivos de denegación de la entrega, la proporcionalidad de la medida, o la doble tipificación de la conducta. Tras esta sentencia, que proviene de una orden europea de detención dictada por un Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, se celebró un pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en fecha 21 de julio de 2005, donde en base a la reciprocidad, se planteaba denegar la entrega de nacionales españoles cuando éstos fueran reclamados por los tribunales alemanes. En el apartado 2.2 de las conclusiones elaboradas en el pleno se acordaba que “Si la comunicación oficial concluye que la sentencia del TCA sólo afecta a las peticiones en las que las personas reclamadas sean de nacionalidad alemana (supuesto improbable), se seguirán tramitando todas las solicitudes como euroorden, si bien deberán denegarse aquellas peticiones que tengan por objeto la detención y entrega de nacionales españoles a Alemania, por cuanto: a) Alemania habrá excluido del sistema de cooperación conocido como euroorden las peticiones de entrega de sus nacionales, debiendo acudir al procedimiento de extradición. B) en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del GG (Constitución alemana o Ley Fundamental del Bonn) Alemania no autoriza la entrega de sus nacionales en extradición, por lo que en aplicación del principio de reciprocidad, España no deberá autorizar la entrega de los españoles a Alemania en extradición”. Somos de la opinión que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional hacía un inadecuado llamamiento a la reciprocidad. Si se entendía, en el supuesto que se aborda en este apartado 2.2 trascrito, que la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán no anulaba la ley de trasposición de la decisión marco de euro-orden la consecuencia sería que entre ambos países estaría vigente este instrumento de reconocimiento mutuo. Así las cosas, el hecho de que Alemania no lo aplicase a sus nacionales no debía

reciprocidad no viene en modo alguno contemplada en los instrumentos de reconocimiento mutuo, por lo que la dualidad que conlleva la expresión “mutuo” es incoherente con el significado del principio³⁵⁸.

Consideramos que hubiera sido preferible que se hubiera acuñado un término como “principio de eficacia imperativa” que se ajustaría mucho más al auténtico significado de este nuevo fundamento normativo. Ahora bien, hechas estas observaciones críticas, nos referiremos a este principio tal y como viene enunciado en el Derecho de la UE, esto es, como principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

2. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales se dice estar basado en la confianza entre los distintos sistemas judiciales de los Estados miembros³⁵⁹.

En nuestra opinión, la confianza en los sistemas judiciales de todos los Estados miembros es una declaración de carácter político que puede efectivamente servir de fundamento a que la Unión Europea legisle en una determinada área con un instrumento de reconocimiento mutuo. Pero, una vez promulgado, la confianza no debe jugar papel alguno entre las autoridades judiciales llamadas a emitir o ejecutar este instrumento. La confianza mutua no tiene contenido jurídico y, por tanto, no debe tener trascendencia jurídica alguna. Muy crítico con el papel que juega “la confianza entre los Estados” se muestra ORMAZÁBAL³⁶⁰, que señala que la desconfianza es tan legítima como la que se siente ante los propios órganos legislativos, cuyas decisiones son anuladas en ocasiones por los órganos de control constitucional. En opinión de este autor, que compartimos íntegramente, “la preocupación del legislador en materia criminal ha de ser, al mismo tiempo, conferir a la autoridad mecanismos eficaces para averiguar y castigar delitos, y proporcionar a los ciudadanos garantías que los protejan frente a

generar respuesta recíproca alguna en nuestro país, dado que el reconocimiento mutuo no se basa en reciprocidad. Un análisis crítico de esta sentencia del Tribunal Constitucional alemán lo encontramos en cfr. VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., “Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega en relación con los nacionales. Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional Alemán” en *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA, GASCÓN, CEDEÑO, COORD.) Madrid, 2006, pág. 107-119. También cfr. DEMETRIO CRESPO, E., “El caso Darkazanli acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la orden de detención europea”, en www.cienciaspenales.net y en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007, pág. 277- 289.

³⁵⁸ En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006 de 5 de junio dice literalmente en su fundamento jurídico quinto que “la decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia”.

³⁵⁹ Expresamente alude a esta confianza el Consejo en algunos de los instrumentos de reconocimiento mutuo, como en el considerando 10º de la decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega, que literalmente dispone que “el mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros” o el considerando 9º de la decisión marco relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

³⁶⁰ Cfr. ORMAZÁBAL SANCHEZ, G., “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de reconocimiento mutuo. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas” en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., pág. 72.

eventuales arbitrariedades de los poderes públicos” y, en este contexto, la confianza entre Estados no debe ser un factor relevante.

Aun intentando analizar la confianza entre los distintos sistemas judiciales desde una perspectiva jurídica, lo cierto es que difícilmente puede sintetizarse qué garantías comparten los distintos procesos penales europeos que les hacen merecedores de esta recíproca confianza. Desde luego no constituye un cuerpo mínimo suficiente la doctrina que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por no haberse pronunciado sobre materias relevantes o por haberlo hecho en términos no suficientemente claros, como destaca GASCÓN³⁶¹.

En definitiva, entendemos que lo que subyace bajo el reconocimiento mutuo³⁶² es una opción política de los distintos Estados miembros: lograr una mayor eficacia en la persecución de la delincuencia en Europa pero evitando la armonización de sus legislaciones penales o procesales penales por lo que ello supondría de pérdida de soberanía. Esta opción política se articula a través de una declaración programática de tal naturaleza: la mutua confianza. Y sin duda, es un planteamiento eficaz para los fines perseguidos y absolutamente realista³⁶³. Cuestión distinta es si con ello se sacrifican los derechos y garantías de los ciudadanos europeos, como trataremos de analizar posteriormente en lo que a la obtención de prueba penal transfronteriza se refiere.

3. LOS ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y SU RECEPCIÓN EN LOS TRATADOS

En los Tratados fundacionales no se contemplaba cooperación alguna en asuntos de Justicia³⁶⁴. El Derecho de la Unión Europea ha tenido una evolución notable en esta área, cuyas líneas fundamentales trataremos de resumir.

³⁶¹ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo” en *Revista española de Derecho Europeo*, julio-septiembre 2007, pág. 395.

³⁶² La doctrina europea, singularmente alemana, se ha mostrado muy crítica con este principio. Significativo es el apelativo que del mismo hace SCHÜNEMANN que lo denomina “principio-turbo” o DE SALVIA, que se refiere a él como “fuga in avanti” citados por SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material” y DE HOYOS SANCHO, M., “Euro-orden y causas de denegación de entrega”, ambos en *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005, pág. 85 y pág.215 respectivamente. En idéntico sentido, GÓMEZ-JARA recuerda que en Alemania el principio de reconocimiento mutuo ha sido calificado como “lobo con piel de cordero” o como “caballo de Troya”, y que la implementación de la normativa de la orden europea de detención y entrega en Alemania equivaldría, según la concepción de SCHÜNEMANN a convertir al Parlamento alemán en un “lacayo de Bruselas”, cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en “Orden de Detención Europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *Diario La Ley*, 2004.

³⁶³ Así lo destaca GASCÓN, que alude a que resulta una “técnica legislativa con un coste muy reducido: basta con diseñar el instrumento normativo que consagre la forma de proceder al mutuo reconocimiento de resoluciones, sin tener que incidir en los ordenamientos internos”, evitando no sólo las complicadas negociaciones políticas sino también la habilitación a las instituciones comunitarias con unas competencias de difícil cesión por los Estados miembros. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo”, *cit.*, pág. 392.

³⁶⁴ TIRADO destaca como ya el artículo 220 del Tratado de Roma fijaba unos fines concretos que bien pueden considerarse el precedente más inmediato de la cooperación en asuntos de Justicia e Interior, aunque su formulación no sea tan amplia y explícita como en el Tratado de Maastricht. Así, recuerda la autora que en dicho artículo se conminaba a los Estados miembros a entablar negociaciones para asegurar, a favor de sus nacionales, la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales. Cfr.

El Acta Única Europea establece como objetivo la libre circulación de personas³⁶⁵, pero no será hasta el Tratado de la Unión Europea, también llamado Tratado de Maastricht, que los asuntos de Justicia e Interior empiezan a cobrar auténtico protagonismo en la desde entonces denominada “Unión Europea”³⁶⁶. En lo que aquí es relevante, debe destacarse que con Maastricht se crearon nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de los Estados miembros, dando lugar a la estructura de tres pilares³⁶⁷, de los cuales el tercero, de carácter intergubernamental, se dedica a la Cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior³⁶⁸. En su articulado se consideraron de interés común una serie de ámbitos, entre los que cabe destacar la lucha contra la toxicomanía, la lucha contra la defraudación a escala internacional, la cooperación judicial en materia civil y en materia penal, la cooperación aduanera, la cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional. Se establecía en estas materias lo que podríamos denominar una doble garantía: para los ciudadanos (el respeto al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y para los Estados (al Estado le corresponde el mantenimiento del orden público y la salvaguarda

TIRADO ROBLES, C., *Los asuntos de Justicia e Interior y sus mecanismos jurídicos en la Unión Europea*, Zaragoza, 1999, pág. 35 y pág. 45-46.

³⁶⁵ La caída de las fronteras para la libre circulación, paradójicamente, produjo inicialmente un realce de las diferencias entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros, haciéndose evidentes las dificultades para la persecución y represión de los delitos, cfr. BLASCO LOZANO, I., “Armonización del derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea” en *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional...*,cit., pág. 260.

³⁶⁶ Sobre los antecedentes más antiguos de los asuntos de justicia e interior y su evolución hasta el actual espacio de libertad, seguridad y justicia, véase cfr. CALONGE VELÁZQUEZ, A., “Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006, pág.96-107. Es abundante la doctrina sobre la transformación de la cooperación jurídica penal en el espacio europeo y el significado del reconocimiento mutuo, al respecto cfr. MORENO CATENA, V., “El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas desde el Tratado de Lisboa” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.), Madrid, 2013 pág.41-78; LICATA, F., “El principio de reconocimiento mutuo y su desarrollo” ; cfr. MORENO CATENA, V., “El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas desde el Tratado de Lisboa” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pag.705-754; Cfr. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA M., “La cooperación judicial penal en el Tratado de Lisboa” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.) Barcelona 2013, pág. 323-343.

³⁶⁷ Es ya clásica la comparación de la Unión Europea creada con Maastricht con un templo griego. El frontón o frontispicio sería el Título I, relativo a las disposiciones comunes (creación de la Unión Europea, sus objetivos y sus elementos constitutivos). A continuación, tres pilares sobre los que reposa la Unión, uno comunitario (Título II, III y IV) y dos intergubernamentales (Título V, dedicado a Política Exterior y de Seguridad Común, y Título VI, Asuntos de Justicia e Interior). Finalmente, el basamento sobre el que reposa la Unión, las disposiciones finales, Título VII. Lo destacable es que el TUE envuelve las estructuras comunitarias e intergubernamentales, dotándolas de un marco institucional único, facilitándose, a través de diversas pasarelas (art. 100 C TCE y K.9 TUE) que lo intergubernamental pueda transformarse, paulatina y progresivamente, en comunitario (sin que dichas pasarelas permitan el camino inverso, ex art. B y M). Cfr. MANGAS MARTÍN, A., *Tratado de la Unión Europea y Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1992, pág. 20-22.

³⁶⁸ Este Tercer Pilar suponía la culminación de distintos órganos de cooperación: el Grupo Trevi, la Europol, el Grupo de Cooperación Judicial, el Grupo Schengen, el Grupo ad hoc sobre inmigración, el Grupo de coordinadores sobre la Libre Circulación de Personas y el Grupo de coordinación sobre las Drogas. Cfr. PEREZ BUSTAMANTE, R., “El significado del Tratado de Maastricht” en *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (OREJA, dir, FONSECA, coord.), Madrid, 1998. En esta misma obra y capítulo, cfr. CAVERO LATAILLADE, I., ofrece una valoración crítica de los resultados del Tratado de la Unión Europea, pág.35-47. Véase también TIRADO ROBLES, C., *Los asuntos de Justicia e Interior...*,cit., pág. 45-76.

de la seguridad interior). Los instrumentos del Consejo para la coordinación de la actuación de los Estados miembros en estos ámbitos estaban constituidos por las posiciones comunes, las acciones comunes y los convenios. La iniciativa correspondería a la Comisión y a cualquier Estado miembro, o sólo a éstos, en función de las materias que se abordasen. El Consejo debía pronunciarse por unanimidad, salvo que el Tratado expresamente dispusiese lo contrario (como para las medidas de aplicación de los convenios, que bastaba mayoría de dos tercios, o las medidas de aplicación de una acción común, para las que era suficiente mayoría cualificada). El Parlamento europeo no tenía mayor intervención que formular preguntas o recomendaciones. Se contemplaba expresamente que la Presidencia consultase al Parlamento sobre los principales aspectos de estas materias y que en el seno del Parlamento se desarrollase un debate anual sobre los progresos en estos ámbitos. En relación con el diseño institucional de la cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior que se llevó a cabo con Maastricht, su ineficacia, insuficiencia y rigidez puede concretarse, con MELLADO, en las siguientes razones:

- La debilidad jurídica de dos de sus principales instrumentos de actuación, las posiciones y acciones comunes,
- La lentitud de la vía convencional,
- La utilización creciente, como consecuencia de lo anterior, de actos atípicos, carentes de efectos jurídicos, como recomendaciones o resoluciones,
- El limitado papel de las instituciones comunitarias, como la Comisión, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia,
- Y finalmente, la exigencia de unanimidad en las votaciones del Consejo, responsable de la paralización del proceso de toma de decisiones³⁶⁹.

El Tratado de Amsterdam mantiene la estructura de tres pilares, pero consagrando expresamente el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como un objetivo perseguido por la Unión. Como señala LIÑÁN³⁷⁰, con Amsterdam se reformula la cooperación en

³⁶⁹ Cfr. MELLADO PRADO, P., “El funcionamiento de las instituciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006, pág. 36. También sobre la evolución del espacio judicial europeo cfr. ORDOÑEZ SOLÍS, D., “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de estudios políticos*, nº 119, 2003.

³⁷⁰ Cfr. MANGAS MARTÍN, A./ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pág. 92-96. Como destaca este autor, la flexibilidad llegó al extremo con el Tratado de Amsterdam. Así, la fragmentación se articula en tres vectores. En primer lugar, Gran Bretaña e Irlanda rechazaron la supresión de fronteras interiores, dando lugar a dos protocolos específicos que excluían con carácter general a estos Estados de las medidas que se pudieran adoptar en el Título IV TCE, aunque se les concedía la posibilidad de participar, a su libre elección, en medidas concretas. En segundo lugar, la incorporación del acervo Schengen, y dado que en Schengen no participaban todos los Estados miembros, tuvo que articularse a través de un protocolo específico, a modo de cooperación reforzada, si bien dando la posibilidad a los Estados miembros no participantes, Gran Bretaña e Irlanda, de participar en medidas concretas o en su desarrollo posterior si los demás Estados así lo aceptaban. Finalmente, el tercer vector viene constituido por Dinamarca, que formando parte de Schengen, no estaba conforme con la comunitarización a que da lugar el Título IV del TUE, de modo que a través de un protocolo, queda excluida de dicho Título, derivando hacia el Derecho Internacional todo el desarrollo ulterior del acervo de Schengen relativo a las materias comunitarizadas.

asuntos de justicia e interior³⁷¹ mediante tres operaciones jurídicas: la comunitarización parcial de la cooperación judicial (la civil), la remodelación institucional y jurídico-instrumental del pilar intergubernamental del Título VI del TUE (cooperación policial y judicial penal) y la integración del acervo Schengen dentro de la UE. Ello supone, en definitiva, que el espacio de libertad, seguridad y justicia tenga una doble dimensión: por un lado, la libre circulación de personas, con un conjunto normativo comunitarizado, destinado a facilitar dicha libertad³⁷², y, por otra parte, una serie de medidas compensatorias de esta mayor libertad ambulatoria, que mantiene su carácter intergubernamental y que conforman el nuevo Título VI³⁷³. Así, en éste último se consagraba como objetivo de la Unión conferir a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, elaborando para ello una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal. Concretamente la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal consistía en facilitar la cooperación, la extradición, la consecución de compatibilidad entre las normas de los Estados miembros en cuanto resulte necesario para mejorar la cooperación, la prevención de conflictos de jurisdicción y el establecimiento progresivo de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de delitos y sus penas en tres ámbitos específicos: la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. Este será, por tanto, el marco de derecho originario de la Unión que servirá de base para la promulgación de instrumentos de reconocimiento mutuo.

En cuanto a la proclamación del principio en sí, es ya un lugar común reconocer que el principio de reconocimiento mutuo tiene su origen en la jurisprudencia³⁷⁴ del entonces denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁷⁵. Concretamente, en la mítica sentencia del caso “cassis de Dijon” de 20 de febrero de 1979, que estableció este principio en relación con la libre circulación de mercancías, de modo que cualquier producto fabricado y comercializado en un Estado miembro conforme a las normas de dicho Estado, debe ser admitido, en principio, en cualquier otro Estado miembro, de modo que las excepciones a este principio general deben ser limitadas y vinculadas con la salud pública y la defensa de los consumidores³⁷⁶.

³⁷¹ Sobre el proceso que dio lugar a esta reforma del Tercer Pilar y las tendencias que sostenían los distintos Estados miembros en esta materia, tan ligada a la soberanía nacional, véase TIRADO ROBLES, C., *Los asuntos de Justicia e Interior...*, cit., pág. 115-137.

³⁷² Recordemos que materias como asilo e inmigración pasan, por el Tratado de Amsterdam, del tercer al primer pilar, esto es, se comunitarizan.

³⁷³ El Título VI del TUE tras la reforma operada por el Tratado de Amsterdam pasa a denominarse Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, y comprende los artículos 29 a 42.

³⁷⁴ Aunque resulta pacífico también que este principio sirve de fundamento al Convenio europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, convenio número 70 del Consejo de Europa, como claramente se desprende de su informe explicativo, disponible en el enlace:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/070.htm>

³⁷⁵ Será con el Tratado de Lisboa que pase a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículos 13 y 19 del TUE y artículos 251-281 TFUE).

³⁷⁶ El caso trataba de la importación a Alemania de un licor francés llamado “Cassis de Dijon”. Alemania prohibía la importación porque el licor francés no respetaba los mínimos de alcohol exigidos en la legislación alemana para licores (concretamente tenía 15%-20% y no alcanzaba el 25% exigido en Alemania). El gobierno alemán argumentaba su inadmisibilidad en razones de salud pública (pues la ley existente pretendía evitar la proliferación de bebidas alcohólicas en el mercado alemán que favoreciesen

De la libre circulación de mercancías, se fue extendiendo a otras libertades, como la de servicios y establecimiento, al espacio judicial civil y, finalmente, al penal. En éste último ámbito, se fue introduciendo paulatinamente en los sucesivos Consejos Europeos de Cardiff, Tampere y Laeken, que fueron progresivamente otorgando una mayor importancia al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales, pretendiendo impulsar la “quinta libertad comunitaria”, esto es, la libre circulación de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión³⁷⁷.

Las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Cardiff³⁷⁸ celebrado el 15 y 16 de junio de 1998 dedican tan sólo una mención escueta a este nuevo principio. Concretamente en la conclusión número 39, tras reconocer la necesidad de aumentar la capacidad de los distintos ordenamientos jurídicos estatales para cooperar estrechamente entre sí y hacer más efectiva la lucha contra la delincuencia transfronteriza, señala que debe determinarse “el margen existente para un mayor reconocimiento mutuo de las respectivas resoluciones judiciales”. En relación con éste Consejo Europeo, GLESS recuerda que fueron los representantes británicos los que propusieron trasladar al ámbito penal el reconocimiento mutuo (que se aplicaba en materia civil y mercantil) y ello como una alternativa a la armonización legislativa³⁷⁹, cuestión ésta que ya entonces suscitaba recelos en el Reino Unido³⁸⁰.

Esto nos sitúa ya ante una de las disyuntivas de obligada referencia al abordar hoy día la cooperación judicial en la Unión Europea: la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros o la posibilidad de avanzar por la vía del reconocimiento mutuo sin previa armonización. Baste decir, por el momento, que desde una perspectiva histórica, resulta claro que el reconocimiento mutuo se vislumbró como una posibilidad para dotar de mayor eficacia a la cooperación judicial salvando las respectivas legislaciones nacionales de la armonización. Con ello, por ende, se garantizaba a los Estados su tan preciada soberanía nacional en materia penal y procesal. Y de ahí que el principio de reconocimiento mutuo, en el Consejo Europeo de

la tolerancia al alcohol entre los consumidores) y en la protección del mercado frente a comportamientos injustos, como que un Estado fijase los índices de alcohol y los pudiera imponer al resto de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia, sin embargo, desestimó los argumentos alemanes, sentando el principio consistente en que el producto que había sido legalmente fabricado en un Estado miembro debía tener acceso al mercado de otro Estado miembro.

³⁷⁷ Cfr. GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros” en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006, pág. 157 y DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea” en *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, cit., pág. 291.

³⁷⁸ Las conclusiones de este Consejo Europeo se pueden consultar en el enlace:

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/es/ec/54316.pdf

³⁷⁹ Cfr. GLESS, S., “Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights” en *European Evidence Warrant (J.A.E. Vervaele, ed)*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pág. 122, y la misma autora en “Free movement of evidence in Europe” en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA, GASCÓN, CEDEÑO, COORD) cit., pág. 123, en ambos casos citando al autor británico Peers, “Mutual recognition and Criminal Law in the European Union. Has the Council Got it Wrong?”, en *Common Market Law Review*, 2004, pág.5 -9.

³⁸⁰ Sobre el escepticismo que ello generó en el Consejo Europeo, al considerar que lo que pretendían los británicos era evitar la armonización del derecho penal véase DE KERCHOVE, G., “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (I)” en *La orden europea de detención y entrega* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. y MUÑOZ DE MORALES coord.), Cuenca, 2006, pág. 22.

Tampere³⁸¹, que tuvo lugar el 15 y 16 de octubre de 1999, sufriera un impulso definitivo, convirtiéndose en la piedra angular de la cooperación penal europea.

Las conclusiones de Tampere dedican todo un epígrafe a “un auténtico espacio europeo de justicia” y dentro de éste, el apartado VI se destina íntegramente al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, tanto de sentencias como de otras resoluciones de las autoridades judiciales³⁸² (singularmente, aquellas resoluciones que permiten a las autoridades actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes, recogiendo expresamente que las pruebas obtenidas por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros³⁸³). Un programa posterior determinará las medidas que deben llevar a la práctica el principio de reconocimiento mutuo³⁸⁴. Pero las conclusiones de Tampere apuntan soluciones más ambiciosas, refiriéndose, todavía tímidamente, a la necesidad de aproximar legislaciones – que facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales – y a que el programa antes mencionado concrete aspectos del derecho procesal con respecto a los cuales resulte necesario contar con normas mínimas comunes que faciliten la aplicación del reconocimiento mutuo. En nuestra opinión esto refleja que ya en esta primera época se vislumbraba que el reconocimiento mutuo era insuficiente, y que necesariamente debería apoyarse en una aproximación legislativa o concreción de normas mínimas comunes a toda la Unión en materia procesal.

En el Consejo Europeo de Laeken³⁸⁵ (14 y 15 de diciembre de 2001) se aborda de nuevo la necesidad de favorecer el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales³⁸⁶. Pero lo que resulta decisivo de este año 2001 es la publicación del Programa de Medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal³⁸⁷. Y conviene destacar su importancia en una doble faceta: en primer lugar, por cuanto estamos ya ante un Programa³⁸⁸ y, en segundo lugar, porque se vincula el alcance del reconocimiento mutuo con determinados parámetros, que se entienden condicionan el ejercicio de este reconocimiento. Los parámetros que se recogen son:

- La gravedad de las infracciones, pues se considera que determinadas aplicaciones del reconocimiento mutuo pueden limitarse a las infracciones graves.
- La exigencia de doble tipicidad como necesaria o no para el reconocimiento.

³⁸¹ Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere están disponibles en el enlace:

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

³⁸² Conclusión número 33.

³⁸³ Conclusión número 36.

³⁸⁴ Conclusión número 37.

³⁸⁵ Disponible en el enlace:

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/68832.pdf

³⁸⁶ Conclusión número 45 de la Presidencia.

³⁸⁷ DOUE C 12 de 15 de enero de 2001.

³⁸⁸ Los programas de acción podrían encuadrarse en lo que se ha denominado “actos atípicos”, es decir, “aquellos actos adoptados por la Unión Europea que no están expresamente citados en el art. 249 TCE (y el concordante 161 TCEEA) pero que son reflejo de la práctica institucional para garantizar la actividad comunitaria ante la posible insuficiencia de los actos tasados” cfr. ANDRÉS SAEZ DE SANTA MARÍA, P., “La aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa”, en *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado, Madrid, 2008, pág.271-321.

- Los mecanismos de protección de los derechos de terceros, de las víctimas y de las personas sospechosas.
- La necesidad de definir normas mínimas comunes para facilitar la aplicación del principio, como por ejemplo en materia de competencia jurisdiccional.
- La ejecución directa o indirecta de la resolución y la definición y alcance del procedimiento de validación.
- La determinación de los motivos de denegación del reconocimiento.
- El régimen de responsabilidad de los Estados en caso de sobreseimiento, puesta en libertad o absolucón.

Por tanto, desde un primer momento, de manera muy realista, la UE descartó aplicar el principio de reconocimiento mutuo automáticamente. La propia existencia de estos parámetros, moduladores de su eficacia, así lo pone de manifiesto. Sin embargo, los distintos instrumentos que se fueron promulgando en los años siguientes en aplicación de este principio de reconocimiento mutuo otorgan desigual importancia a estos indicadores, llegando a desvirtuar algunos de ellos.

Las distintas medidas que constituyen el programa se agrupan según afecten a resoluciones penales definitivas pronunciadas con anterioridad por un Juez de otro Estado miembro (*ne bis in idem*, individualización de la sanción), a la ejecución de resoluciones previas a la sentencia (obtención de pruebas, embargo de bienes, detención, medidas de control no privativas de libertad, resoluciones de incoación de un procedimiento en otro Estado miembro), a resoluciones condenatorias (penas de prisión, multas, decomisos) o a medidas consecutivas a una condena penal (medidas de libertad vigilada o relativa a una condena en suspenso), contemplándose también un instrumento que permita la evaluación mutua en la aplicación de este principio. A cada una de estas medidas se le otorga un grado de prioridad, que oscila entre la máxima (obtención de prueba) y la mínima (la relativa al *ne bis in idem*), si bien el tiempo ha demostrado que estas prioridades no tuvieron reflejo en la pronta promulgación de los distintos instrumentos, sin duda porque las dificultades para lograr los necesarios consensos en cada uno de ellos no se correspondían con estos grados de prioridad (paradigmático es el retraso en el instrumento de obtención de prueba, consecuencia de las lentas y difíciles negociaciones que precedieron a su promulgación).

El Consejo Europeo de Bruselas celebrado los días 4 y 5 de noviembre de 2004 refrendó el Programa de La Haya³⁸⁹, cuyo objetivo era consolidar el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia definido en el Tratado de Amsterdam. Entre las diez prioridades que refleja este plan plurianual, 2005-2009, se encuentra el garantizar un espacio europeo eficaz de justicia para todos. En lo que concierne a la justicia penal esto se concreta en el establecimiento de normas mínimas en varios aspectos de derecho procesal (tal como *ne bis in idem*, u obtención de prueba) como medio para fomentar la

³⁸⁹ DOUE C 53 de 3 de marzo de 2005. Sobre el Programa de la Haya, Cfr. BONN, M., “El Programa de la Haya. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea” en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007, pág.29-36; Cfr. ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “El programa de la Haya: un nuevo programa en el área de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Diario La Ley*, nº 6641, 2007.

confianza mutua y la aplicación del reconocimiento mutuo. En esta misma línea, la Decisión del Consejo de 12 de febrero de 2007 por la que se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico “Justicia Penal” integrado en el programa general “Derechos fundamentales y justicia”³⁹⁰.

El fracasado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa³⁹¹ es el primero de los Tratados constitutivos que recoge expresamente el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales. Así, la Parte III, dedicada a Políticas y Funcionamiento de la Unión, contaba con un Título III (políticas y acciones internas) cuyo capítulo IV estaba dedicado al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La sección 4º de dicho capítulo correspondía con la cooperación judicial en materia penal, y comenzaba afirmando que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales³⁹².

Pero dado que este Tratado no entró en vigor, no es hasta el Tratado de Lisboa³⁹³ cuando el principio de reconocimiento mutuo se consagra expresamente en las normas originarias de la Unión. Así, el Tratado antes denominado Constitutivo de la Comunidad Europea, ahora Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁹⁴, se dedica el Título V íntegramente al espacio de libertad, seguridad y justicia.

Ya desde el capítulo 1º (art. 67-76) de dicho título, relativo a disposiciones generales, se destaca que la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad y para ello, junto a labores de prevención y coordinación y cooperación, destaca que lo hará mediante el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de legislaciones penales³⁹⁵. De este tenor literal quizás sea destacable la preocupación de la Unión por la seguridad (que es el único de los valores que, comprendidos en el espacio de libertad, seguridad y justicia, se recogen como objetivo a perseguir por la Unión a través del reconocimiento mutuo).

El capítulo 4º (art. 82-86) está exclusivamente dedicado a la cooperación judicial en materia penal, y comienza destacando que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. Se prevé que a través del procedimiento legislativo ordinario el Parlamento Europeo y el Consejo adopten medidas tendentes, entre otras, a establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas³⁹⁶.

Ahora bien, sin duda es destacable que junto a esta declaración programática se prevean igualmente medidas tendentes a la aproximación de la legislación de los Estados miembros. Así, en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento

³⁹⁰ DOUE L 58 de 24 de febrero de 2007.

³⁹¹ DO C 310 de 16 de diciembre de 2004.

³⁹² Artículo III-270 del Tratado Constitución para Europa.

³⁹³ Suscrito el 13 de diciembre de 2007, modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009. DO C 306 de 17 de diciembre de 2007, corrección de errores DO C 290 de 30 de noviembre de 2009, y BOE de 27 de noviembre de 2009, con corrección de errores BOE de 16 de febrero de 2010.

³⁹⁴ La versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se publicó en DOUE C de 30 de marzo de 2010.

³⁹⁵ Artículo 67.3 del TFUE.

³⁹⁶ Artículo 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la redacción dada por el artículo 69. A.1 del Tratado de Lisboa.

mutuo, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas. Estas normas mínimas, que deberán tener en cuenta las diferencias entre tradiciones y sistemas jurídicos de los distintos Estados miembros³⁹⁷, se referirán a tres aspectos fundamentales:

- La admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros,
- los derechos de las personas durante el procedimiento penal, y
- los derechos de las víctimas de los delitos.

Asimismo, podrá referirse también a los elementos específicos del procedimiento penal siempre que éstos hayan sido determinados previamente mediante una decisión unánime del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo³⁹⁸.

Por tanto, desde la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa el principio de reconocimiento mutuo está explícitamente consagrado en el derecho originario como el principio fundamental de la cooperación judicial penal dentro de la UE. Junto con esto, en nuestra opinión es especialmente destacable que el reconocimiento mutuo se vincula, si fuera necesario, a la aproximación, aunque sea de mínimos, de la normativa procesal penal interna de cada Estado miembro. Como tendremos ocasión de exponer a lo largo de la presente investigación, dicha aproximación resulta esencial para poder aplicar efectivamente el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales, y de ahí que revista capital importancia esta previsión introducida con el Tratado de Lisboa³⁹⁹. De esta nueva regulación destaca JIMENO la dificultad de establecer un único espacio judicial europeo común para los entonces 27 Estados miembros, de modo que se realizan dos tipos de concesiones: por una parte de carácter general, para todos los Estados y por otra, de carácter especial para algunos países⁴⁰⁰. Veamos ambas:

-En cuanto a las concesiones generales, el sistema establecido para las directivas de armonización ha venido en llamarse “freno-acelerador” o “sistema de frenos de emergencia”. Consiste en que cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema judicial penal podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, suspendiéndose con ello el procedimiento legislativo ordinario. Tras el plazo de cuatro meses, de haber consenso el

³⁹⁷ ÁLVAREZ destaca este enfoque de respeto a las tradiciones y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de modo que el desarrollo del espacio judicial europeo no tiene ni por objetivo ni por consecuencia cuestionar la tradición jurídica y judicial de los Estados miembros. De ahí que el Tratado de Lisboa parta siempre de un enfoque basado en el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, cfr. ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia” en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2008, pág.8.

³⁹⁸ Artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la redacción dada por el artículo 69.A.2 del Tratado de Lisboa.

³⁹⁹ LIÑÁN destaca el carácter instrumental al reconocimiento mutuo de las medidas armonizadoras tanto penales sustantivas como procesales, de modo que la nueva atribución de competencias va destinada a hacer posible este principio. Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit, pág. 104. En este mismo sentido, QUINTERO OLIVARES y GONZÁLEZ CUSSAC destacan que la armonización de legislaciones penales es necesaria como instrumento de política criminal común, aunque la armonización no sea la cristalización de una política criminal común, sino uno de sus condicionantes lógicos, cfr. QUINTERO OLIVARES, G./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Sobre una política criminal europea”, en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política criminal europea*, Valencia, 2009, pág. 38.

⁴⁰⁰ Cfr. JIMENO BULNES, M., “La conclusión el Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal (1)”, *Diario La Ley*, número 7023, 2008.

proyecto se devolverá al Consejo. De no haberlo, si al menos nueve Estados quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, y la autorización al respecto se entenderá concedida⁴⁰¹.

-Las concesiones particulares a algunos Estados hacen referencia al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, que habían manifestado ya su voluntad contraria a la creación de un espacio judicial común como el configurado en el Tratado de Lisboa, de modo que se hizo necesario unos protocolos específicos que regularan su concreta postura al respecto.

- Irlanda y Reino Unido⁴⁰² se encuentran en una situación de participación facultativa: en principio están excluidos del Título V, de modo que, en el ámbito de libertad, seguridad y justicia no participarán en la adopción por el Consejo de las medidas propuestas, ni ninguna resolución del Tribunal de Justicia interpretativa de dichas disposiciones les serán aplicables ni vinculantes. Ahora bien, esta exclusión no es permanente, pues podrán optar por participar en su adopción y aplicación bien en el plazo de tres meses desde la presentación al Consejo de la propuesta o bien en cualquier momento una vez adoptada la medida por el Consejo.
- La posición de Dinamarca⁴⁰³, sin embargo, es de exclusión permanente, de modo que no participará en las disposiciones del espacio de libertad, seguridad y justicia, sin posibilidad de opción en cada caso particular. Y es más, se contempla expresamente que los actos de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y que sean modificados no se modificarán para Dinamarca, de modo que dichos actos le seguirán siendo vinculantes sin cambios. Este régimen general sólo tiene como excepción el desarrollo del acervo Schengen, en el que Dinamarca sí es parte. En relación a ello, Dinamarca podrá optar, en el plazo de seis meses desde que el Consejo adopte esta medida, por incorporarla a su legislación nacional, de modo que si lo hace se creará una obligación de Derecho internacional entre Dinamarca y el resto de Estados.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 10 y 11 de diciembre de 2009⁴⁰⁴ aprueba el Programa de Estocolmo⁴⁰⁵, que, en la misma línea que sus antecesores, enfatiza la necesidad de continuar desarrollando el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, concretamente en el ámbito que ahora nos ocupa, la obtención de prueba, de modo que en este nuevo Programa se destaca como necesario contar con un instrumento comprensivo de todos los mecanismos de obtención de prueba para el proceso penal, superando, en este sentido, el limitado ámbito de aplicación del exhorto europeo de obtención de prueba.

⁴⁰¹ Artículo 82.3 TFUE.

⁴⁰² Protocolo número 21 del Tratado de Lisboa, relativo a la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

⁴⁰³ Protocolo número 22 del Tratado de Lisboa, sobre la posición de Dinamarca.

⁴⁰⁴ Sus conclusiones están disponibles en el enlace:

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/111882.pdf

⁴⁰⁵ Documento 17024/09 de 2 de diciembre de 2009.

El futuro inminente plantea el reto de la proyección del nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia en el exterior⁴⁰⁶. En este sentido en el Consejo se ha creado un grupo JAIEX, esto es, de asuntos de justicia e interior y acción exterior de la Unión, donde el nuevo Servicio Europeo de Acción Exterior deberá contar con expertos en Justicia e Interior para configurar una política exterior en esta materia⁴⁰⁷. Desde luego parece prematuro que se extrapole el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales más allá de la Unión Europea, pero quizás tampoco cabe descartarlo radicalmente, singularmente con aquellos países de nuestro entorno europeo, como Noruega o Islandia, con los que se mantiene ya hoy día una cooperación judicial estrecha.

En cualquier caso, el auténtico reto no es tanto extender el principio de reconocimiento mutuo como arbitrar un conjunto de garantías procesales que equilibren la balanza dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia europeo. Sobre esto se están haciendo notables progresos en los últimos tiempos, como expondremos más adelante, pero es también mucho el camino que queda por recorrer.

4. PLASMACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES

4.1 Forma jurídica de los instrumentos

4.1.1 Las Decisiones Marco

La consagración del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales como principio inspirador de normas tiene lugar bajo la vigencia del Tratado de Amsterdam, por tanto será éste el que determine, en un momento inicial, las opciones legislativas con las que promulgar los instrumentos que reconozcan este principio. Así las cosas, todos los instrumentos promulgados en aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa adoptaron la forma jurídica de decisiones marco.

Sin embargo, no tendría, necesariamente, que haber sido así. El artículo 34.2 del TUE contemplaba cuatro tipos de actos jurídicos para la consecución de los objetivos fijados por la Unión en el espacio de libertad, seguridad y justicia: posiciones comunes, decisiones marco, decisiones, y convenios. Todos ellos debían ser aprobados por el Consejo por unanimidad, y la iniciativa correspondía a la Comisión o a cualquier Estado miembro. Es evidente que hay que descartar que se hubiera acudido a las posiciones comunes, cuya finalidad se limitaba a definir la actitud de la Unión ante un asunto concreto; y las decisiones, que excluyen toda aproximación legislativa de los Estados miembros. En cuanto a las decisiones marco, las mismas presentan las siguientes características:

- Obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado, pero deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y medios por los que conseguirlo.

⁴⁰⁶ Al respecto puede consultarse la Comunicación de la Comisión titulada “Hacia una estrategia sobre la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia”, COM (2005) 491 final, de 12 de octubre de 2005.

⁴⁰⁷ Cfr. RODRIGUEZ J.M./ SORROZA BLANCO, A., “El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la próxima Presidencia Española de 2010. Parte 2º: el Programa de Estocolmo- más derechos, más seguridad, más Europa en el mundo-.”, *ARI Real Instituto Elcano*, nº 174/ 2009, pág. 6.

- Permiten la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, de modo que, en el plazo de implementación que se establezca en cada decisión marco, los Estados tendrán que acomodar su normativa interna a lo regulado en la decisión marco.
- No tienen efecto directo, si bien desde la sentencia del Caso María Pupino⁴⁰⁸ el TJCE estableció el principio de “interpretación conforme” del derecho nacional a lo dispuesto en la decisión marco.

En la práctica legislativa para la introducción del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales se ha acudido únicamente a las decisiones marco, pero cabe cuestionarse si se podría o debería haber acudido a otro instrumento jurídico, concretamente a los convenios.

Esta problemática fue traída a colación en la sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas de 3 de mayo de 2007, asunto C-303/2005, que se refería a la cuestión prejudicial planteada por el Arbitragehof belga en relación con un recurso de anulación interpuesto por la asociación Advocaten voor Wereld de la ley belga relativa a la orden europea de detención y entrega⁴⁰⁹.

Se planteaba con la cuestión prejudicial si cabía adoptar una decisión marco para regular la orden europea de detención y entrega, pues en opinión de la asociación recurrente esta materia debería haber sido regulada por convenio, no por decisión marco, ya que con arreglo al artículo 34 TUE, apartado 2, letra b), las decisiones marco sólo pueden adoptarse para la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en lo que concierne a normas de derecho penal relativas a elementos constitutivos de delitos y a las penas aplicables en los ámbitos específicos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas⁴¹⁰. Se sostenía, asimismo, que con la citada decisión marco no se trataba de

⁴⁰⁸ La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de junio de 2005, resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Juez italiano en relación con la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal. En el proceso italiano no cabía celebrar prueba anticipada ante el Juez instrucción por el tipo de delitos que se le imputaban a María Pupino, siendo planteado por el juez instructor italiano si, a pesar de ello, la prueba anticipada era posible en aplicación de la decisión marco relativa al estatuto de la víctima. Con ocasión de este caso, el Tribunal de Justicia falló, epígrafe 43, que “el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del Título VI del Tratado de la Unión Europea. Al aplicar el derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco, y de esta forma atenerse al artículo 34 UE apartado 2, letra b)”. Asimismo, en epígrafe 44 el Tribunal señaló que ello “tiene sus límites en los principios generales del Derecho, y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad”. Sobre este pronunciamiento judicial, cfr. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones marco: ¿hacia el efecto directo?, especial referencia al caso Pupino” en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit, 291-323; cfr. SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las decisiones marco”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2005.

⁴⁰⁹ Extensamente sobre esta sentencia, Cfr. CORTÉS MARTÍN, J.M., “La Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y su cuestionada validez ante el TJCE: comentario a la STJE de 3 de mayo 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 15, 2008.

⁴¹⁰ No analizaremos aquí otro de los argumentos por ser específico de la orden europea de detención y no predicable de otras decisiones marco. Nos referimos a la posible vulneración por haber modificado una materia – la extradición – a través de un instrumento que no tiene el mismo rango (por decisión marco, en lugar de convenio). Por su parte, otras cuestiones planteadas en esta sentencia, como la ausencia de verificación de doble tipificación de la conducta que motiva la emisión, serán analizadas en otros epígrafes de la presente investigación.

aproximar legislaciones preexistentes, dado que la orden europea de detención y entrega era una figura nueva.

Por su parte, el Abogado General en sus conclusiones⁴¹¹ señala que si bien la orden europea de detención y entrega es una figura distinta de la extradición y como tal responde a esquemas axiológicos diferentes, no es menos cierto que con ella no se inventa una institución antes inexistente. La decisión marco viene a armonizar las figuras reguladas en las distintas legislaciones procesales penales nacionales de arresto y entrega para el auxilio entre autoridades judiciales, haciéndola operativa, en este caso, entre distintos Estados miembros. Pero incluso aunque nos encontráramos ante una nueva figura procesal, supuesta la necesidad de aproximación legislativa, el Tratado de la UE posibilitaría acudir a la decisión marco para dicha aproximación. En relación con la utilización de este tipo de norma en lugar del convenio, destaca el Abogado General que decisión marco y convenio son fuentes que tienen idéntico origen y el principio de proporcionalidad y del efecto útil del derecho europeo hacían de la decisión marco el instrumento adecuado. Y llega a esta conclusión a la vista de las limitaciones inherentes a los tratados internacionales derivadas del albedrío estatal para su revalidación.

El Tribunal declara que ninguna disposición del TUE establece una distinción en cuanto al tipo de actos que pueden adoptarse en función de la materia a la que se refiere la acción común en el ámbito de la cooperación penal, ni se establece un orden de prelación entre los distintos instrumentos que enumera, de modo que el Consejo pueda escoger entre ellos, sin perjuicio de los límites impuestos por la naturaleza del instrumento elegido. Así, expresamente declara que la orden de detención europea podría haberse regulado mediante convenio, pero es ajustado a derecho que el Consejo, en el libre ejercicio de su facultad de apreciación, de prioridad al instrumento jurídico de la decisión marco cuando se cumplen los requisitos para adoptarlo.

Así las cosas, conviene plantearse no ya si es conforme a derecho que el Consejo acudiera al instrumento de decisión marco, sino si al hacerlo eligió el instrumento más eficaz para conseguir la armonización del derecho interno de los Estados en esta materia. Responde afirmativamente CARRERA⁴¹², que destaca que si bien la unanimidad se exige para ambos instrumentos, la armonización no sería siempre completa si se articulase a través de un convenio, pues sólo vincularían a los Estados miembros que los hayan aceptado, exigiéndose además que al menos catorce lo hagan para que entre en vigor⁴¹³. Además, son instrumentos que no son susceptibles de apreciación de validez por el Tribunal de Justicia, ni de recurso de anulación. Por el contrario, reconoce este autor que los convenios permiten adoptar un acto normativo cuando un determinado número de Estados no está dispuesto a avanzar en ese ámbito, sin perjuicio de que puedan cambiar de opinión en el futuro y ratificarlos posteriormente y que la ausencia de efecto directo de las decisiones marco en contraposición a los convenios aporta cierta ventaja a éstos sobre aquellas.

Habiendo optado el legislador europeo por las decisiones marco y habiendo declarado el TJUE la adecuación al Derecho de la Unión de esa elección procede analizar qué efectos negativos depara la utilización de este instrumento jurídico:

⁴¹¹ Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 12 de septiembre de 2006.

⁴¹² Cfr. CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, pág. 20-21.

⁴¹³ En el mismo sentido, SÁNCHEZ, que destaca que los convenios difícilmente pueden garantizar la armonización pretendida, y con ello, la consecución del objetivo perseguido, por lo que no podrá argumentarse en términos de proporcionalidad su preferencia respecto de la decisión marco, cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, pág. 17.

1º) En primer lugar, de entre las deficiencias de las decisiones marco cabría destacar la tardanza de los distintos Estados miembros en implementarlas, llegando a transcurrir incluso años desde la fecha límite fijada sin que los distintos Estados la traspongan a su derecho interno. Esto crea una absoluta diferenciación entre los distintos Estados miembros, pues en algunos de ellos están plenamente vigentes los instrumentos de reconocimiento mutuo mientras que en otros, por dicha falta de implementación, no pueden hacerse valer estos mecanismos, creando, en la práctica, una cooperación judicial “a distintas velocidades”, cuestión ésta indeseable en un mismo espacio judicial europeo.

Además, entraña una notable dificultad para el operador jurídico, que tiene que cerciorarse de que la normativa contenida en la decisión marco ha sido debidamente implementada en el país al que remite la resolución judicial, información ésta que no siempre es fácil de localizar ni siquiera con instrumentos tan ágiles como internet.

Por otra parte, tradicionalmente las consecuencias para los Estados por su retraso en la implementación eran inexistentes⁴¹⁴, de modo que si bien los principios generales del derecho comunitario, concretamente el principio de cooperación leal⁴¹⁵, le conminan a su implementación, no había mecanismos efectivos para garantizar que la misma tuviera lugar a su debido tiempo. Hoy la situación ha cambiado, pues a partir del 1 de diciembre de 2014, por establecerlo así el Tratado de Lisboa, sí es posible acudir al TJUE ante deficiencias o incumplimientos de la obligación de trasposición de los instrumentos del antiguo tercer pilar. Es significativo cómo desde que ha transcurrido esa fecha los Estados miembros se han apresurado a implementar decisiones marco que desde hacía años estaban pendientes de ser incorporadas a las respectivas legislaciones internas.

⁴¹⁴ Por el recurso de incumplimiento, art. 226-228 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en la redacción dada tras el Tratado de Amsterdam, la Comisión o cualquier Estado miembro, pueden recurrir ante el Tribunal de Justicia por el incumplimiento del Estado de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. En ambos casos, es necesario que la Comisión emita un dictamen con carácter previo, tras conferir al Estado implicado la posibilidad de formular alegaciones sobre el supuesto incumplimiento. Tras ello, de plantearse el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, si éste declarase que un Estado ha incumplido una de sus obligaciones, el Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. En caso de incumplimiento de esta sentencia, el Tribunal podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva. Esta vía del recurso por incumplimiento, frecuente en el primer pilar comunitario cuando un Estado no ha traspuesto una directiva comunitaria, no cabe en el marco del tercer pilar, por lo que se carece de medios eficaces para instar la implementación de decisiones marco en la legislación de los Estados miembros. Así lo reconoce la Comisión, que, por ejemplo, en el informe de evaluación de implementación de la decisión marco 2005/214 de sanciones pecuniarias destaca que al carecer la Comisión de autoridad alguna para iniciar un procedimiento por incumplimiento frente a un Estado miembro al no haber adoptado éste las medidas necesarias para cumplir con las disposiciones de una decisión marco adoptada en el tercer pilar, la naturaleza y el propósito del informe de evaluación se limita a realizar una valoración de las medidas de trasposición adoptadas por cada Estado (COM (2008) 888 final de 22.12.2008).

⁴¹⁵ HINOJOSA señala que la actual configuración del principio de cooperación leal constituye una de las manifestaciones más palpables de la especificidad del proceso europeo de integración, distinguiéndose una cuádruple dimensión de este principio, consagrado en el art. 10 TCE: la derivada de los deberes de los Estados miembros con respecto a las instituciones, la que establece los deberes de las instituciones en relación con los Estados miembros, la que genera obligaciones de apoyo y asistencia mutua entre los Estados miembros y la que se identifica por los deberes de lealtad de las instituciones comunitarias entre sí. Finalmente, una quinta dimensión podría desprenderse de que haya sido utilizado para justificar las obligaciones de los Estados miembros en la ejecución del derecho comunitario. Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., en *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valencia, 2006, pág.119-122.

2º) Otro segundo bloque de problemas en relación con las decisiones marco es el que surge por el hecho de que, al ser implementadas, los Estados no siempre han respetado los términos de la normativa comunitaria⁴¹⁶. Las deficiencias de la trasposición pueden sistematizarse en varios grupos:

- a) en ocasiones la legislación nacional introduce previsiones no contenidas en la legislación europea, por ejemplo, añadiendo causas de denegación del reconocimiento no contempladas en la decisión marco⁴¹⁷,
- b) en otras ocasiones, previsiones de la legislación europea no se trasladan a la normativa nacional, por ejemplo, excluyendo determinados delitos de las categorías delictivas que no deben someterse al control de doble tipificación⁴¹⁸,
- c) finalmente, cabe que la legislación nacional contenga disposiciones abiertamente contrarias a la decisión marco implementada⁴¹⁹.

Como contrapartida a esto, tampoco resulta deseable que el legislador nacional traslade literalmente la normativa europea a la ley nacional, sin realizar una auténtica integración de las disposiciones de la decisión marco a las figuras jurídicas o a la terminología propia de nuestro derecho interno⁴²⁰.

3º) Las dificultades que generan las decisiones marco al operador jurídico residen también en la necesidad de conocer en qué términos ha implementado otro Estado

⁴¹⁶ Al respecto, y específicamente en relación con la orden europea de detención y entrega, cfr. IRURZUN MONTORO, F., “El proceso de adaptación de la Decisión Marco en los 15 Estados miembros”, en *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES coord.)..cit, pág.58-69.

⁴¹⁷ En el informe de evaluación de la Comisión sobre la decisión marco 2003/577 de embargo preventivo y aseguramiento de prueba se pone de manifiesto como muchos de los Estados miembros han incluido motivos de denegación no previstos en la decisión marco, que hacen referencia a los derechos humanos (Bélgica, Francia, Dinamarca) o a que la medida está prohibida en la legislación interna o es de imposible ejecución de acuerdo con ésta (el Reino Unido y España, entre otros), y en este sentido critica la Comisión que habitualmente los Estados hacen referencia a su legislación interna sin adjuntarla (COM (2008) 885 final de 22.12.2008).

⁴¹⁸ Es el caso de Bélgica, cuya ley de implementación de la decisión marco 2003/577 embargo preventivo y aseguramiento de prueba excluye el aborto y la eutanasia de la categoría “homicidio voluntario, agresión con lesiones graves” – art. 5. IV de la ley belga de 19 de diciembre de 2003 - siendo esto criticado por la Comisión en su informe de evaluación de la implementación de esta decisión marco, al entender que sólo la ley del Estado de emisión es la que debe determinar si el hecho es encuadrable en una de las categorías recogidas en la lista que excluye el control de la doble tipificación, y no la legislación del Estado de ejecución [COM (2008) 885 final, de 22.12.2008].

⁴¹⁹ Cabe citar como ejemplo que la ley italiana hace aplicable la orden europea de detención y entrega únicamente para las emitidas y recibidas con posterioridad a la entrada en vigor de su legislación, 14 de mayo 2005, estipulación ésta abiertamente contraria a la decisión marco 2002/584 que señalaba como fecha el 1 de enero de 2004 (art. 32, disposición transitoria).

⁴²⁰ Esto ha sido denunciado reiteradamente por la doctrina española en relación con las 32 categorías delictivas que eximen del control de la doble tipificación en algunos de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Así por ejemplo, en relación con la de la orden europea de detención y entrega, se mencionan “categorías de delitos” tales como “delitos de alta tecnología, sabotaje, corrupción” de difícil encaje en nuestro código penal, y cuyo tenor literal obedece a la transcripción exacta del correlativo artículo 2.2 de la decisión marco 2002/584. Esta mera reproducción de las categorías delictivas llevó a la doctrina a dudar sobre que dicha técnica satisficiera el principio de legalidad extradicional. Al respecto, Cfr. SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material” en *Cooperación Judicial Penal*..cit, pág.100-104.

miembro un determinado instrumento de reconocimiento mutuo, cuestión ésta bastante inaccesible, a lo que hay que añadir la muy destacable dificultad idiomática⁴²¹.

4º) Con todo, una de las objeciones de mayor calado que cabe hacer a las decisiones marco, la única que realmente consideramos importante, es su absoluta falta de legitimación democrática derivada del hecho de que el Parlamento Europeo, en el proceso de adopción de la decisión marco, sólo debía ser oído⁴²². Estamos, por tanto, ante una normativa que emana directamente del Ejecutivo y que, una vez adoptada, se traslada a los Parlamentos nacionales⁴²³, que, por su parte, cuentan con muy escaso margen de maniobra en la implementación de estas normas⁴²⁴.

Este es, sin duda, uno de los argumentos clave para ponderar si los convenios, frente a las decisiones marco, deberían haber sido el instrumento jurídico elegido para el desarrollo normativo del Tercer pilar. La ratificación de los convenios sí está sometida al control democrático⁴²⁵. Recordemos al respecto que el artículo 94 de la Constitución Española exige, con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios, que las Cortes Generales lo autoricen, entre otros supuestos, si se trata de tratados que afecten a los derechos y libertades fundamentales, o suponen la modificación o derogación de alguna ley o exigen medidas legislativas para su ejecución, como sería el caso de las decisiones marco de las que nos venimos ocupando.

⁴²¹ En relación con la orden europea de detención y entrega, por ejemplo, a través de la página de la Red Judicial Europea se puede conocer qué países han implementado esta normativa (los 28 Estados miembros lo han hecho en la actualidad) e incluso acceder al texto nacional de implementación, pero lo habitual es encontrar estos textos sólo en el idioma oficial del país en cuestión, sin que en todos los casos haya una versión en inglés o francés de la normativa que facilite su utilización por las autoridades judiciales nacionales de cada uno de los Estados miembros llamadas a usar estos instrumentos.

⁴²² El artículo 39 del Tratado de la Unión Europea, en la redacción dada por el artículo K.11 del Tratado de Amsterdam, exigía que el Consejo consultara con el Parlamento antes de adoptar decisiones marco, pero el informe no es vinculante y en ausencia del mismo en el plazo estipulado, el Consejo podía actuar.

⁴²³ En virtud del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea que incorpora el Tratado de Amsterdam, los Parlamentos nacionales deben ser informados de todas las propuestas de la Comisión, con una antelación de seis semanas a la fecha de inclusión de dicha propuesta en el orden del día del Consejo, facilitando con ello un control a priori por parte de los parlamentos nacionales, que, aunque loable, no suple la ausencia democrática de estas normas del Tercer Pilar.

⁴²⁴ Véase al respecto extensamente cfr. SCHÜNEMANN B., “¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la Administración de Justicia Penal?” en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA, GASCÓN, CEDEÑO coord), cit, pág. 26-29. Destaca el autor que el Parlamento nacional actúa en estos casos “como lacayo de Bruselas”, siendo la ley nacional dictada a raíz de la fuerza obligatoria de decisiones marco un proceso mecánico de copia, que no se corresponde con el concepto de ley parlamentaria soberana. En esta misma línea, VILLAMERIEL, cuando califica, en determinados ámbitos, al legislador nacional como un legislador subordinado, o al menos, un legislador condicionado, cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., “La legislación penal europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración o armonización: Tercer Pilar, directivas y decisiones marco” en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, pág. 19.

⁴²⁵ Sobre la ausencia del debido control democrático cfr. NAVARRO BATISTA, N., “Déficit democrático y reforma de las instituciones comunitarias” en *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, Barcelona, 2000, pág. 55-66. Destaca este autor, de manera premonitoria, que si bien la aproximación de la legislación penal como medio para combatir la delincuencia organizada puede lograrse a través de los oportunos tratados internacionales o mediante decisiones-marco, es probable que el Consejo prefiera este segundo instrumento, puesto que así podrá eludir la intervención de los parlamentos nacionales en el proceso de ratificación de esos convenios mediante una consulta no vinculante al Parlamento Europeo. Efectivamente, el tiempo que ha demostrado que ha sido mediante decisiones marco y nunca por convenio como el Consejo ha procedido a la armonización legislativa en materia penal.

Mención específica merece el papel que en relación con las decisiones marco jugaba el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴²⁶. El Tratado de la Unión Europea, en la versión Tratado de Amsterdam, dedicaba el artículo 35 a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴²⁷. Esta delimitación de la competencia venía realizada por atribución, de manera positiva, de determinadas competencias y negativamente, por la exclusión de otras.

-Empezando por éstas últimas, y como concreción de lo que ya se contemplaba en el Tratado de la UE en la versión de Maastricht en relación con la responsabilidad de los Estados de mantener el orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, se estipulaba expresamente que no se someterá al tribunal la validez o proporcionalidad de las operaciones policiales o de otras fuerzas coercitivas de un Estado miembro, ni sobre la responsabilidad de éste último en lo que concierne a orden público y seguridad interior.

-Por el contrario, se atribuía positivamente competencia al Tribunal en tres aspectos:

a) Cuestiones prejudiciales: se podía pronunciar con éste carácter en relación con la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, y sobre la interpretación de los convenios y la validez e interpretación de sus normas de aplicación. Ahora bien, para que dicha competencia surtiera efecto, cada Estado, por medio de una declaración, debía aceptarlo así, y declarar, si correspondía el planteamiento de la cuestión prejudicial a cualquier órgano judicial⁴²⁸ o sólo al órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en su derecho interno⁴²⁹.

b) Junto con esta competencia prejudicial, el Tribunal de Justicia tenía competencia para controlar la legalidad de las decisiones marco en relación con recursos interpuestos por

⁴²⁶ Si bien el Tratado CE concibió al TJCE como un órgano con jurisdicción obligatoria y competencia para cualquier norma de derecho comunitario, con el Acta Única Europea se excluyó de la jurisdicción del TJCE la cooperación política europea (área de cooperación intergubernamental entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas en materia de política exterior). El Tratado de Maastricht incorporó las áreas de cooperación intergubernamental a la estructura institucional comunitaria, pero no atribuyó competencias al TJCE sobre estos dos pilares. Sólo los convenios del Tercer Pilar podían disponer que el Tribunal de Justicia fuese competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que podían establecer – art. K.3, apartado 2, letra c) -. En este sentido, hubo un amplio abanico de soluciones adoptadas por los diferentes convenios en esta materia, al margen de la deseable uniformidad. Sólo con el Tratado de Amsterdam se extiende la competencia del TJCE a ciertas materias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Cfr. LÓPEZ ESCUDERO, M., “El TJCE y la aplicación uniforme del derecho comunitario tras el Tratado de Amsterdam” en *Las incertidumbres de la Unión Europea tras el Tratado de Amsterdam*, Barcelona, 2000, pág.13-21.

⁴²⁷ Sobre la génesis de este artículo y las diferentes posturas al respecto de los Estados miembros véase Cfr. STOFFEL VALLOTTON, N., “La competencia del Tribunal de Justicia”, en *Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, cit, pág. 509-522.

⁴²⁸ Opción elegida la República Checa (DO L 236 de 23 de septiembre de 2003), la República Francesa (DO L 327 de 14 de diciembre de 2005 y DO C 318 de 14 de diciembre de 2005), por el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Finlandia, y el Reino de Suecia, la República Italiana, la República de Chipre (todos ellos en DO L 114 de 1 de mayo de 1999 y DO C 120 de 1 de mayo de 1999), la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Eslovenia, Hungría (DO L 70 de 14 de marzo de 2008 y DO C 69 de 14 de marzo de 2008).

⁴²⁹ El único país que se ha acogido a esta opción en su declaración es España (DO L 114 de 1 de mayo de 1999 y DO C 120 de 1 de mayo de 1999).

un Estado miembro o por la Comisión⁴³⁰ por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado de la Unión Europea, o cualquier otra norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder.

c) Por último el Tribunal de Justicia era competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros relativo a la interpretación o aplicación de actos adoptados en el tercer pilar (aunque sólo podrá acudir a esta vía cuando el Consejo no haya resuelto el litigio entre los Estados en el plazo de seis meses desde que se le remitiera el asunto), o cualquier litigio entre los Estados miembros y la Comisión sobre la interpretación o aplicación de los convenios.

Era, desde luego, un sistema abiertamente insuficiente a la vista de la incidencia que tendrán las decisiones marco del tercer pilar sobre los derechos y libertades de los ciudadanos de la Unión⁴³¹. Sólo el Tratado de Lisboa cambia esta situación.

4.1.2 Los actos jurídicos del tercer pilar tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

Una vez en vigor el Tratado de Lisboa, la normativa de la UE en materia de libertad, seguridad y justicia revestirá la forma de directivas. Así las cosas, resulta necesario preguntarse sobre la pervivencia en el tiempo de las decisiones marco adoptadas en materia de cooperación judicial penal a las que nos hemos venido refiriendo. El Protocolo número 36 del Tratado de Lisboa regula las disposiciones transitorias y dedica el Título VII a la cooperación judicial penal, declarando, en primer lugar, que se mantienen los efectos jurídicos de los actos en tanto que los mismos no hayan sido derogados, anulados o modificados en aplicación de los Tratados. Idéntica previsión se contiene para los convenios celebrados entre los Estados miembros

Hasta cinco años después de su entrada en vigor, por tanto hasta el 1 de diciembre de 2014, la Comisión no podía acudir al recurso por incumplimiento en esta materia y el Tribunal de Justicia seguía teniendo el mismo ámbito competencial que vigente Amsterdam. Esta fecha, como adelantábamos páginas atrás, ha sido decisiva para que los Estados miembros aborden la tarea de implementar en su ordenamiento jurídico interno muchas decisiones marco cuyo plazo había vencido varios años antes. Es, sin ir más lejos, el caso español, como tendremos ocasión de analizar.

⁴³⁰ Estamos ante un recurso de anulación selectivo, dado que sólo estarán legitimados activamente los Estados miembros y la Comisión, sin que lo estén otras instituciones comunitarias y las personas físicas o jurídicas, cfr. FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., en “El tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam: una visión comparativa”, *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*, Granada, 2000, pág. 177.

⁴³¹ Al respecto, cfr. MIRANDA RODRIGUES, A., “El papel del Tribunal de Justicia en el Espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit. pág. 191-198, destaca que el sistema jurisdiccional en el ámbito europeo en su origen estaba más orientado a garantizar las competencias y funciones de la Comunidad Europea que a tutelar a los ciudadanos, lo que se hizo especialmente evidente dentro del tercer pilar. Concluye que los nuevos instrumentos de reconocimiento mutuo exigen un nuevo planteamiento del sistema judicial penal que se adecúe a un auténtico espacio común de libertad, seguridad y justicia. También esta misma autora, en “El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en el Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia”, en *El Proceso Penal en la Unión Europea: garantías esenciales (de Hoyos Sancho, coord.)* cit. pág. 268-269, y en relación con las distintas declaraciones de los Estados sobre la cuestión prejudicial, destaca que no se garantiza la aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea toda vez que no se reconoce a sus destinatarios posibilidades idénticas o equivalentes de exigir su garantía.

Si vigente el Tratado de Lisboa el acto es modificado (por ejemplo, si la decisión marco pasa a convertirse en una directiva) el régimen transitorio deviene inoperativo y las instituciones - Comisión y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) - podrán ejercer plenamente las competencias que les otorga el nuevo Tratado. De hecho, la declaración 50ª hace una invitación directa al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión para que, en el marco de sus respectivas atribuciones, se esfuercen en adoptar actos jurídicos que modifiquen o sustituyan los actos adoptados durante la vigencia del tercer pilar. Todo ello con la salvedad de la situación particular de aquellos Estados que, por los Protocolos anexos al Tratado de Lisboa, se han mantenido al margen del espacio de libertad, seguridad y justicia. Concretamente Dinamarca, para el que se contempla expresamente que la modificación de los actos adoptados en el tercer pilar no tendrá operatividad -de modo que seguirán siendo vinculantes las decisiones marco en los términos que se aprobaron vigente el Tratado de Amsterdam - y el Reino Unido e Irlanda, que podrán ejercer su derecho de opción en cada disposición particular de este ámbito. No parece probable, sin embargo, que la UE reforme los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales ya promulgados o, al menos, no que lo haga a corto plazo⁴³².

4.1.3 Las novedades del Tratado de Lisboa en el espacio de libertad, seguridad y justicia

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) tras la reforma operada con el Tratado de Lisboa regula un procedimiento legislativo ordinario, que será el aplicable para los actos jurídicos del espacio de libertad, seguridad y justicia. Los actos jurídicos de la Unión vendrán constituidos por los reglamentos (de alcance general, obligatorios en todos sus elementos y con efecto directo), las directivas (que obligan a los Estados en cuanto al resultado, dejando a las autoridades la elección de la forma y de los medios), la decisión (obligatoria) y las recomendaciones y los dictámenes (que no serán vinculantes)⁴³³. El procedimiento legislativo ordinario permite la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión⁴³⁴. En relación con la armonización (o establecimiento de normas mínimas necesarias para facilitar el reconocimiento mutuo) el Tratado dispone el tipo de acto que debe adoptarse es la directiva, que se promulgará con arreglo al procedimiento ordinario.

Ahora bien, cuando la armonización se extienda a otros elementos específicos del procedimiento penal diferentes a los expresamente recogidos en el Tratado⁴³⁵, su determinación deberá hacerse mediante decisión del Consejo, que se pronunciará por unanimidad previa aprobación del Parlamento Europeo⁴³⁶.

La especialidad en este punto para el espacio judicial europeo es que cabe la iniciativa de los Estados miembros, exigiéndose que suscriban la misma una cuarta parte de

⁴³² Siguiendo a LIÑÁN cabe decir que esta inactividad supondrá la perduración en el tiempo, sine die, de los instrumentos del tercer pilar, con la problemática jurídica consustancial a los mismos. Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit, pág.110-111.

⁴³³ Art. 288 TFUE.

⁴³⁴ Art. 289 TFUE.

⁴³⁵ Que recordemos son, ex art. 82.2 a) b) y c) TFUE, la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos.

⁴³⁶ Art. 82.2 d) TFUE. Esta misma previsión se contiene en el Tratado de Lisboa en relación con la armonización del derecho penal sustantivo, que se regula en el artículo 83 TFUE.

ellos⁴³⁷. El procedimiento consiste en dos primeras lecturas que abocan, si no hay consenso, a un Comité de Conciliación y, tras ello, a una tercera y definitiva lectura, que motiva que el acto finalmente sea o no adoptado⁴³⁸.

La directiva elimina los mayores obstáculos que presentaban las decisiones marco. La participación decisiva del Parlamento Europeo, con la consiguiente sumisión a las reglas democráticas del proceso legislativo, es especialmente destacable⁴³⁹. También lo es la mayor relevancia del papel de los Parlamentos nacionales, que vienen fortalecidos en virtud del mecanismo de control político previo⁴⁴⁰ consagrado con el Tratado de Lisboa.

Consiste este mecanismo en un deber de transmisión de los proyectos de actos legislativos que se dirijan al Parlamento europeo y al Consejo a los parlamentos nacionales, debiendo hacerse con una antelación de al menos ocho semanas a que dicho proyecto se incluya en el orden provisional del Consejo. De este modo, los parlamentos nacionales cuentan con el tiempo suficiente para dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad. Cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos. Cuando los dictámenes motivados (que indiquen que un proyecto de acto legislativo relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia no respeta el principio de subsidiariedad) representen al menos un cuarto del total de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales el proyecto deberá volverse a estudiar. Tras este nuevo estudio se decidirá motivadamente si mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo⁴⁴¹.

El fortalecimiento de los Parlamentos nacionales viene también dado por el deber de información que recoge el nuevo Tratado de Lisboa, de modo que los órdenes del día y los resultados de las sesiones del Consejo, incluidas las actas de las sesiones del consejo en las que éste delibere sobre proyectos de actos legislativos, se transmitirán directamente a los Parlamentos nacionales, al mismo tiempo que a los Gobiernos de los Estados miembros⁴⁴².

Pero junto a ello, adquiere especial relevancia el control de la normativa por parte del TJUE en virtud de las competencias que el Tratado de Lisboa le confiere. Por un lado, se mantiene en idénticos términos la negación de competencia al TJUE en relación con la comprobación de la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, sin que pueda

⁴³⁷ Art. 76 TFUE.

⁴³⁸ Es el procedimiento previsto en el art. 294 TFUE.

⁴³⁹ ÁLVAREZ destaca que el Tratado de Lisboa avanza en una concepción de Europa más democrática y transparente, fortaleciendo al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales, aumentando el procedimiento legislativo ordinario (antes denominado de codecisión) a cincuenta ámbitos, introduciendo incluso elementos de democracia participativa. Cfr. ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *cit.*, pág. 12.

⁴⁴⁰ Viene regulado en el Protocolo número 1 del Tratado de Lisboa, protocolo denominado “Sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea” y concretamente en su artículo 2-4.

⁴⁴¹ Regulado en el Protocolo número 2 del Tratado de Lisboa, denominado “Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, artículo 7. Idéntica regulación de esta materia contemplaba el Tratado Constitucional, y en relación con ella destacaba la doctrina que este deber de reexamen implica únicamente una interrupción del proceso decisorio, haciéndolo más complejo y lento, pero no establece un sistema de veto, pues si bien se planteó su introducción para aquellos proyectos que superaran el umbral de dos tercios, finalmente en el Tratado constitucional fue rechazado. Al respecto, Cfr. MELLADO PRADO, P., “El funcionamiento de las instituciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *cit.*, pág. 45.

⁴⁴² Artículo 5 del Protocolo número 1 del Tratado de Lisboa, sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

el Tribunal pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior⁴⁴³. Pero, por otro lado, se amplía notablemente la atribución positiva de competencia al TJUE en el espacio de libertad, seguridad y justicia⁴⁴⁴, pues vigente Lisboa ante el TUE se sustanciarán⁴⁴⁵:

A) Las cuestiones prejudiciales⁴⁴⁶, que recordemos pueden ser de dos clases: interpretativas y de validez. Por las primeras el TJUE se pronunciará sobre la interpretación de los tratados o de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Por las segundas, sobre la validez de estos actos. Esta competencia prejudicial es ahora obligatoria⁴⁴⁷, no supeditada a la aceptación de cada Estado miembro, como ocurría con el Tratado de Amsterdam. Ahora todos los órganos jurisdiccionales pueden plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE, sin estar condicionados por la declaración que al respecto hiciera cada Estado, como ocurría vigente el Tratado de Amsterdam, aunque su planteamiento será obligatorio si el asunto pende ante un órgano jurisdiccional cuya decisión no sea susceptible de ulterior recurso judicial de derecho interno y será facultativa en los demás casos. Como novedad, con el Tratado de Lisboa se contempla expresamente que el TJUE se pronuncie con la mayor brevedad cuando se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional en relación con una persona privada de libertad.

B) El recurso de incumplimiento⁴⁴⁸. A instancia de la Comisión o a instancia de un Estado miembro, tiene por objeto que el Tribunal declare que un Estado miembro ha incumplido una obligación que le impone un Tratado. Si el Tribunal así lo declara, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para ejecutar la sentencia, que en caso de no ser acatada dará lugar a que el Estado tenga que pagar una suma a tanto alzado o una multa coercitiva. Tiene peculiaridades este recurso en el caso de que se trate del incumplimiento de la obligación de informar sobre las medidas de trasposición de una directiva. En este supuesto, la Comisión, al presentar el recurso ante el TJUE, podrá, si lo considera oportuno, indicar la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que debe pagar el Estado. Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer el pago de la multa dentro del límite propuesto por la Comisión y la obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia. Este recurso será de capital importancia para conminar a los Estados miembros a la implementación a tiempo de las directivas que se promulguen en el espacio judicial europeo, dotándose así la Unión de un instrumento conminatorio del que antes carecía en el tercer pilar.

C) El recurso de anulación⁴⁴⁹, con el que se pretende controlar, en lo que al espacio de libertad, seguridad y justicia se refiere, la legalidad de los actos legislativos y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Los motivos para recurrir están tasados: incompetencia,

⁴⁴³ Art. 275 TFUE.

⁴⁴⁴ Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “El sistema jurisdiccional de la Unión Europea” en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit. pág. 437.

⁴⁴⁵ Al respecto, cfr. Díez MORENO, F., *Manual de derecho de la Unión Europea. Revisada, puesta al día y adaptada al Tratado de Lisboa*, Madrid, 2009, pág.357-376.

⁴⁴⁶ Art. 267 TFUE.

⁴⁴⁷ Aunque el artículo 10 del protocolo 36 del Tratado de Lisboa, relativo a las disposiciones transitorias, establece un plazo de cinco años para que esta competencia plena esté vigente.

⁴⁴⁸ Art. 258, 259 y 260 TFUE.

⁴⁴⁹ Artículo 263 del TFUE.

vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder. Podrán interponerlo tanto un Estado miembro, como el Parlamento Europeo, la Comisión, el Consejo, y también ahora, como novedad con el Tratado de Lisboa, toda persona física o jurídica siempre que sea destinataria del acto o que la afecten directa e individualmente. La consecuencia de la estimación del recurso será la declaración por el TJUE de la nulidad del acto impugnado.

Finalmente, la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo se pretende favorecer mediante las evaluaciones de la aplicación por las autoridades de los Estados miembros de las políticas de la UE en el espacio judicial. Para ello el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, medidas que establezcan los procedimientos para la evaluación; de su contenido y del resultado de la evaluación se informará al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales⁴⁵⁰. Un ejemplo de estas evaluaciones mutuas lo hemos visto en el relación con la implementación en los Estados miembros de la Decisión Eurojust.

4.2 Enumeración y clasificación de los instrumentos de reconocimiento mutuo

Al enumerar los instrumentos de reconocimiento mutuo que han sido promulgados hasta el momento consideramos que la clasificación más ilustrativa es aquella que toma como base que la resolución judicial cuyo reconocimiento y eficacia se pretende en otro Estado miembro sea una resolución tendente a producir efectos en la *fase de investigación y en la de enjuiciamiento* o que, por el contrario, sea una resolución que produzca sus efectos en la *fase de ejecución* de la sentencia ya dictada⁴⁵¹. Habrá, eso sí, instrumentos que se encuadren en ambas categorías porque se refieran a resoluciones que, dependiendo de los casos, producirán sus efectos en una fase u otra.

-En la categoría mixta encuadraremos el primero de los instrumentos de reconocimiento mutuo promulgados en la UE, que, siguiendo la tradición histórica en cooperación jurídica, tuvo como objeto la detención y entrega de sujetos. Es la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros⁴⁵² (en adelante DM/OEDE). Se encuadra en esta categoría porque el objeto de reconocimiento es una resolución judicial que ordena la detención y entrega de una persona al Estado que emite la orden bien para facilitar el ejercicio de acciones penales o bien para la ejecución de una pena. Este primer instrumento es, sin duda, primero también en

⁴⁵⁰ Artículo 70 del TFUE.

⁴⁵¹ En similar sentido, la distinción de cómo opera el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales finales, en contraposición con las resoluciones judiciales que no lo son, es analizada en el estudio sobre el principio de reconocimiento mutuo en materia penal realizado por VERNIMMEN-VAN TIGGELEN/SURANO, de la Universidad Libre de Bruselas, en el estudio realizado para la Comisión titulado *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*. En él se destaca que la mayoría de los prácticos entrevistados con ocasión de dicho estudio encontraban más facilidad en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones finales, y ello porque estas decisiones van rodeadas de mayores garantías y son tomadas por autoridades judiciales equivalentes en todos los Estados miembros. Por el contrario, las autoridades emisoras de resoluciones no finales varían sustancialmente de un Estado a otro. Sólo una minoría encontraba más facilidad en el reconocimiento de éstas últimas, aduciendo que tienen un ámbito más limitado y limitadas consecuencias (pág.11).

⁴⁵² DOCE L 190 de 18 de julio de 2002.

importancia, tanto en su utilización práctica como en relación con la atención que le ha prestado la doctrina⁴⁵³.

⁴⁵³ Sin ánimo de exhaustividad, sobre la DM/OEDE cfr. a título monográfico, cfr. AAVV, *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN Dir. MUÑOZ DE MORALES Coord.), Cuenca, 2006; Cfr. AAVV, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Valladolid, 2005; Cfr. AAVV, *La orden europea de detención y entrega*, Consejo General del Poder Judicial, 2008; Cfr. AAVV, *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales* (JIMENO BULNES Coord.), Valencia, 2011 Cfr. CALAZA LOPEZ, S., *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid, 2005; Cfr. CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento Español de Emisión y Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega*, Cizur Menor, 2005; Cfr. CEDEÑO HERNÁN, M., *La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Thomson Reuters, 2010; Cfr. DIEZ RIAZA/GISBERT POMATA/CARRETERO GONZÁLEZ, *La orden europea de detención y entrega. Estudio de la Ley 3/2003 de 14 de marzo*, Cizur Menor, 2005;; y en obras de ámbito más amplio, Cfr. ARANGÜENA FANEGO, C., “La situación actual de la orden europea de detención y entrega: dificultades y progresos de su aplicación en el Espacio Judicial Europeo”, *Revista de Derecho Penal*, nº 20, 2007, pág. 11-87; Cfr. BUJOSA VADELL, L., “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega, en torno a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2009 (asunto C-388/08)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 20, 2010; Cfr. CEDEÑO HERNÁN, M., “De la extradición a la euroorden: un cambio necesario (Análisis del procedimiento de detención y entrega europeo a la luz de la Ley 3/2003 de 14 de marzo)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2004; Cfr. CEDEÑO HERNÁN, M., “La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del non bis in idem como motivo de denegación” en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006; Cfr. SANZ HERMIDA, A., “Problemas de aplicación de la orden de detención europea: a propósito de la SSTJUE de 17 de julio, de 12 de agosto y de 1 de diciembre de 2008”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 17, 2009; Cfr. JIMENO BULNES, M., “Orden de detención europea” en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, coord.), Barcelona, 2007, pág. 301-348 y de esta misma autora, “Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales”, en *El Proceso Penal en la Unión Europea: garantías esenciales* (DE HOYOS SANCHEZ, coord.), Valladolid, 2008, pág.105-135; y “La adopción de medidas cautelares de carácter personal con motivo de la ejecución de una orden europea de detención y entrega”, *Revista Penal*, nº 16, 2005, pág. 106-122; Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., “La política común europea sobre terrorismo, el mandato de arresto y entrega y el conflicto hispano-alemán” en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007, pág. 345-355; Cfr. DEL POZO PÉREZ, M., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea (1)”, *Diario La Ley*, nº 6164, 2005; Cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Vicisitudes de la orden europea de detención y entrega. El caso alemán en particular (1)”, *Diario La Ley*, nº 6613, 2006 y “Vicisitudes de la orden europea de detención y entrega. El caso alemán en particular (2)”, *Diario La Ley*, nº 6614, 2006; Cfr. JIMENEZ VILLAREJO, C., “Reflexiones sobre el concepto de corrupción a propósito de la orden de detención europea”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 560, 2002; Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana (especial consideración de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005)”, *Diario La Ley*, nº 6394, 2006; Cfr. PEREZ CEBADERA, M.A., *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*, Valencia, 2008; Cfr. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega”, *Revista penal*, nº 24, 2009; Cfr. SERRANO MASSIP, M., “Fractura en la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Sala Segunda, de 18 de julio de 2005, acerca de la ley sobre la Orden de Detención Europea”, *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, nº 4, 2006; Cfr. CALAZA-RAMUDO LÓPEZ, S., “Cooperación judicial internacional. Extradición y euroorden”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 2, 2003; Cfr. CORTÉS MARTÍN, J.M., “La Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y su cuestionada validez ante el TJCE: comentario a la STJE de 3 de mayo 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 15, 2008; Cfr. CASTILLEJO MANZANARES, R., “El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 587, 2003;; Cfr. CUERDA RIEZU, A., “La

-También dentro de esta categoría estaría la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008⁴⁵⁴, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal. Esta decisión marco, a la que hemos hecho referencia en el capítulo IV, recordemos que pretende garantizar que se tomen en consideración en un Estado miembro las condenas pronunciadas en otro en relación con una misma persona por hechos diferentes, de modo que ello surta efectos tanto en la fase previa al proceso penal, como durante el propio proceso o en la fase de ejecución de la condena.

-Por último incluiríamos la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección⁴⁵⁵ (en adelante D/OEP), por cuanto la resolución judicial a reconocer puede ser una medida de protección adoptada durante la fase de investigación o enjuiciamiento y también en fase

extradición y la orden europea de detención y entrega”, *Revista Cenipec*, nº 25, 2006; Cfr. FONSECA MORILLO, F.J., “La orden de detención y entrega europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, 2003; Cfr. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M., “Motivos de paralización de la orden europea de detención y entrega: denuncia y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada. Comentario a las SSTC 339/2005 de 20 de diciembre de 2005 y 81/2006 de 13 de marzo de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, 2006; Cfr. MIGUEL KÜHN, W., “Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12, 2007; Cfr. GÓMEZ CAMPELO, E., “Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la orden europea de detención y entrega”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pág. 977-1005; Cfr. CONTRERAS CERESO, P.V., “El Tribunal Constitucional no consiente la ejecución de Euroórdenes por sentencias de condena dictadas en rebeldía o ausencia”, *Diario La Ley*, nº 7303, 2009; Cfr. BELLIDO PENADÉS, R., “Cooperación judicial penal y ne bis in idem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega)”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.)*, Madrid, 2008, pág. 257-274; Cfr. JIMENO BULNES, M., “El principio de non bis in idem en la orden de detención europea: régimen legal y tratamiento jurisprudencial”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DE LA OLIVA, Dir. AGUILERA/CUBILLO Coord.)*, Madrid, 2008, pág. 275-294; Cfr. ALISTE SANTOS, T., “Orden europea de detención y entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales” en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo (BUJOSA VADELL, L.M, Coord.)*, Granada, 2008, pág. 313-327; Cfr. TOMUSCHAT, C., “Inconsistencias: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de Julio de 2005 sobre la orden europea de detención y entrega”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006, pág. 253-271; Cfr. PENÍN ALEGRE, C., “La orden de detención europea” en *Cooperación judicial penal en Europa (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.)* Madrid, 2013, pág.497-610, SERRANO AMADO, R. y VALLESPÍN PÉREZ, D., “La euroorden y el respeto de los derechos fundamentales” en *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (DONAIRE y OLESTI Coords.)* Madrid, 2015, pág.93-103. Asimismo, entre la doctrina extranjera, Cfr. GUILD E/MARIN L., *Still not resolved? Constitutional Issues of the European Evidence Warrant*, The Netherlands, 2009; Cfr. ALEGRE.S/LEAF M., “Mutual recognition in European Judicial Cooperation: a step too far too soon? Case study- the European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, vol. 10, nº2, 2004, pág. 200-217; FICHERA, M., “The european arrest warrant and the sovereign state: A marriage of convenience?”, *European Law Journal*, v. 15, 2009, pág. 70-97; Cfr. CONWAY, G., “Judicial interpretation and the Third Pillar. Ireland’s acceptance of the European arrest warrant and the Gözütok and Brügge case”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2005; Cfr. IMPALA, F., “The European Arrest Warrant in the Italian legal system. Between mutual recognition and mutual fear within the European area of Freedom, Security and Justice”, *Utrecht Law Review*, 2005; Cfr. MARIN, L., “The European Arrest Warrant and Domestic legal orders. Tensions between mutual recognition and fundamental rights: the Italian case”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, 2008, pág. 473-492, Cfr. MARIN, L., “The European Arrest Warrant in the Italian Republic”, *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008, pág. 251-273, Cfr. MARIN, L., “A Spectre is Haunting Europe: the constitutionally of the EAW vs. the principle of non-discrimination based on nationality”, *Working paper series University of Twente*, nº 12, 2010.

⁴⁵⁴ DOUE L 220 de 15 de agosto de 2008.

⁴⁵⁵ DOUE L 338 de 21 de diciembre de 2011.

de ejecución. Sus efectos podrán producirse, por tanto, en fase declarativa o en fase de ejecución⁴⁵⁶.

Los instrumentos de reconocimiento de resoluciones cuya eficacia se pretende tenga lugar durante la fase de investigación o enjuiciamiento del proceso penal son los siguientes:

-El que cronológicamente sería el segundo instrumento de reconocimiento mutuo, que abordó la ejecución de embargos preventivos y aseguramiento de pruebas. Es la

⁴⁵⁶ En relación con la orden europea de protección la doctrina es también abundante, siendo probablemente el instrumento de reconocimiento mutuo que más interés ha despertado junto con la DM/OEDE, así cfr. AAVV, *La orden europea de protección: su aplicación a las víctimas de violencia de género* / FREIXES/ROMÁN (Dir.), OLIVERAS/VAÑÓ (Coord.), Madrid, 2015, cfr. DE HOYOS SANCHO, M. “La orden europea de protección: Estudio de la Iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* / ARANGÜENA FANEGO (Coordinadora) Granada, 2011; Cfr. SERRANO MASSIP, M., “Protección transnacional de las víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección” en *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual* / VILLACAMPA, C., Cizur Menor, 2013; cfr. ARANGÜENA FANEGO, C., “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la Orden Europea De Protección” en *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* / OSTOS (Coord.) Barcelona, 2013; cfr. DÍAZ PITA, M.P., “La orden europea de protección (directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011): su adopción en el ámbito de la violencia doméstica y de género en el marco del derecho procesal penal español” en *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* / OSTOS (Coord.), Barcelona, 2013; cfr. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La Orden Europea De Protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español” en *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* / OSTOS (Coord.), Barcelona, 2013; cfr. LÓPEZ GIL, M., “La orden europea de protección” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional Iberoamericana* / ROBLES GARZÓN, J.A (director-coordinador), Cizur Menor, 2013; cfr. SANZ HERMIDA, A “Hacia una tutela transnacional de las víctimas de delitos. Luces y sombras de la nueva Orden Europea de protección” en *Problemas actuales de la justicia penal: secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales* / Nicolás González-Cuellar Serrano, director; Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo, coordinadores, Madrid, 2013; cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “ La orden europea de protección” en *La Ley*, nº 7854, 2012, cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.” La orden europea de protección: crónica de un fracaso anunciado” *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 172, 2012, págs. 15-25; cfr. POZO PÉREZ, M., “ La orden europea de protección: especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *Revista europea de derechos fundamentales* ,N. 19,2012; cfr. PEYRÓ LLOPIS, A., ”La protección de las víctimas en la Unión Europea : la Orden europea de protección”, *Revista española de derecho europeo*, N. 46, 2013; cfr. MORGADE CORTÉS, M., “La orden europea de protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, Nº. 3, 2014, págs. 79-112; cfr. MOLINA MANSILLA, C., “La protección de la víctima en el espacio europeo: la orden europea de protección”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 92, 2012,p. 14-26; cfr. CUETO MORENO, C., “La Orden Europea de Protección. Análisis de la Directiva 2011/99/UE. Su transposición en el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos Digitales de Formación Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2014; cfr. CARRASQUERO CEPEDA, M., “Orden Europea de Protección: un paso adelante en la protección de las víctimas”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, Nº. 2, 2014, págs. 91-114; cfr. DÍAZ PITA, M.P., “A propósito de la adopción de la Orden europea de protección en España en el ámbito de la violencia doméstica y de género” en *Revista de derecho y proceso penal Aranzadi*,Nº32 - Septiembre-Diciembre 2013 p. 77-94 y de la misma autora “ La Directiva 2011/99/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden europea de protección: su aplicación en España a las víctimas de violencia doméstica y de género”, *Ciencia jurídica*, 2013, págs. 13-29.

Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003⁴⁵⁷ (en adelante DM/EPYAP) que pretende el reconocimiento y eficacia de las medidas que impiden provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser objeto de decomiso o constituir prueba; por tanto, presuponen un proceso penal en fase de investigación o enjuiciamiento, previo a la ejecución⁴⁵⁸.

-En esta categoría incluiríamos también los dos instrumentos de reconocimiento mutuo que permiten la investigación y obtención de prueba transfronteriza, en los que centraremos nuestro estudio en los próximos capítulos. Nos referimos a la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008⁴⁵⁹, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a los procedimientos en materia penal (en adelante DM/EEP) y a la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal⁴⁶⁰ (en adelante D/OEI).

-Finalmente, la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009⁴⁶¹, relativa a la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea del principio de

⁴⁵⁷ DOUE L 196 de 2 de agosto de 2003.

⁴⁵⁸ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de prueba: análisis normativo” en AAVV, *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015; Cfr. AAVV, *La nueva ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procesos penales*, Estudios de derecho judicial, nº 117, 2007; Cfr. BUJOSA VADELL, L., “Ejecución en la Unión Europea de resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. Comentario a la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004; Cfr. MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “Embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en el proceso penal”, en *El Proceso Penal en la Unión Europea: garantías esenciales (DE HOYOS SANCHO, coord.)*, Valladolid, 2008, pág. 401-421; Cfr. MANTECA VALDELANDE, V., “Eficacia de embargos y pruebas del proceso penal en el ámbito europeo”, *Diario La Ley*, nº 6592, 2006; Cfr. MANTECA VALDELANDE, V., “Ley para la eficacia judicial de embargos y pruebas del procedimiento penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 712, 2006; Cfr. MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “La Decisión Marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006, pág. 61-73; Cfr. MAURO, C., “La Decisión Marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006, pág. 74-85; Cfr. SILVA PEREIRA, L., “La Decisión Marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006, pág. 86-93, SALCEDO VELASCO, A., “Orden europea de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, decomiso y exhorto europeo” en *Cooperación judicial penal en Europa (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.)* Madrid, 2013, pág. 611-648.

⁴⁵⁹ DOUE L 350 de 30 de diciembre de 2008

⁴⁶⁰ DOUE L 130 de 1 de mayo de 2014

⁴⁶¹ DOUE L 294 de 11 de noviembre de 2009. Entre la doctrina, cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo” en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.)*, Valencia 2012, pág. 1225-1244; cfr. PÉREZ MARÍN, M.A., “Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial europeo: las medidas alternativas a la prisión provisional y el embargo preventivo previo al decomiso de los efectos procedentes del delito” en *El Derecho Procesal en*

reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre vigilancia como sustitución de la prisión provisional (en adelante DM/MMAA). Entraña el reconocimiento y eficacia de resoluciones adoptadas en el curso de un proceso penal que impongan medidas de vigilancia como alternativa a una medida de prisión provisional⁴⁶².

Por último, son instrumentos de reconocimiento de resoluciones judiciales penales que deben surtir eficacia en ejecución de la sentencia final dictada, los siguientes:

-La Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias⁴⁶³ (en adelante DM/SP). La resolución a reconocer será siempre una resolución firme por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica, por tanto sus efectos se producirán en ejecución de esa sanción⁴⁶⁴.

-La Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso⁴⁶⁵ (en adelante DM/DC), donde la resolución a reconocer impone una sanción o medida firme que tenga como resultado la privación definitiva del bien, por lo que también sus efectos se producirán en fase de ejecución⁴⁶⁶.

el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (MARTÍN OSTOS coord.) Barcelona 2013, pág. 375-381.

⁴⁶² Cfr. ARANGÜENA FANEGO, C., “De la orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEGO, C, dir), Valladolid, 2010, pág. 224-266.

⁴⁶³ DOUE L 76 de 22 de marzo de 2005.

⁴⁶⁴ Sobre esta DM/SP, Cfr. PANDO ECHEVARRÍA, I., “Sanciones pecuniarias” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013, pág. 649-704, Cfr. JIMENEZ-VILLAREJO, F., “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias: comentarios al Anteproyecto de Ley” en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007, pág. 179-205 y éste mismo autor en “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias. Comentarios a la Ley 1/2008 de 4 de diciembre” en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEGO, C, dir.) Valladolid, 2010, pág. 304-349; Cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “Ejecución de resoluciones de decomiso” en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, coord.), Barcelona, 2007, pág. 370-392.

⁴⁶⁵ DOUE L 328 de 24 de noviembre de 2006.

⁴⁶⁶ Ver singularmente, GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, 2007 y del mismo autor, “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes”, *Poder Judicial*, 2010 y “Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea”, en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006.; Cfr. MORAN MARTÍNEZ, R., “El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEGO, C, dir.) Valladolid, 2010; Cfr. BUJOSA VADELL, L., “El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 13, 2007; Cfr. CEREIJO SOTO, A., “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso”, *Diario La Ley*, nº 7989, 2010; Entre la doctrina extranjera, Cfr. BORGERS, M., “International cooperation in confiscation matters and Dutch legislation: Points of attention for effective cooperation in the European Union”, Working Paper presented at the seminar of the European Judicial Training Network International cooperation in criminal matters: freezing of assets and evidence and confiscation in cross-border criminal cases, Brujas, 21-23 septiembre de 2005.

-La Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008⁴⁶⁷, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (en adelante DM/PPL). Objeto de reconocimiento serán las sentencias u órdenes firmes de un órgano jurisdiccional que impongan penas o medidas privativas de libertad, cuando dicha pena ha sido impuesta por razón de una infracción penal como consecuencia de un proceso⁴⁶⁸.

-También en esta categoría debe enmarcarse la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008⁴⁶⁹, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas (en adelante DM/LV). En este caso la resolución de libertad vigilada debe haber sido impuesta sobre la base de una sentencia, por lo que desplegará sus efectos en ejecución de la misma⁴⁷⁰.

Para acabar merece una consideración particular la única decisión marco que ha sido dictada con carácter horizontal o, dicho de otro modo, para reformar las preexistentes decisiones que aplicaban el principio de reconocimiento mutuo. Es la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009⁴⁷¹, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Su finalidad es definir motivos comunes en todos los instrumentos de reconocimiento mutuo para denegar el reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, dando con ello uniformidad a una materia, los juicios en rebeldía, que había dificultado enormemente la utilización de los instrumentos previamente promulgados⁴⁷².

5. LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO COMO SISTEMA DE NORMAS

El ordenamiento jurídico viene definido como un conjunto de normas que conforman un sistema, caracterizado por la coherencia y lógica interna, de modo que sus partes están relacionadas entre sí de modo armónico⁴⁷³. Del examen de las decisiones marco y directivas que hemos enumerado, que plasman el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, concluimos que estos instrumentos jurídicos no conforman un sistema de normas, un ordenamiento jurídico propiamente dicho. Decimos esto porque, a pesar de ser instrumentos jurídicos que aplican el mismo principio – el de reconocimiento mutuo – y que tienen una estructura semejante,

⁴⁶⁷ DOUE L 327 de 5 de diciembre de 2008.

⁴⁶⁸ Cfr. BUJOSA VADELL, L., “El reconocimiento y ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2009.

⁴⁶⁹ DOUE L 337 de 16 de diciembre de 2008.

⁴⁷⁰ Cfr. SANZ MORAN, A.J., “Reflexiones en torno a la idea de libertad vigilada” en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEJO, C, dir.), Valladolid, 2010, pág. 290-301.

⁴⁷¹ DOUE L 81 de 27 de marzo de 2009.

⁴⁷² Al respecto, en relación con la orden europea de detención y entrega, Cfr. CEDEÑO HERNÁN, M., “Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 199/2009, de 28 de septiembre”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 20, 2010.

⁴⁷³ Sobre el ordenamiento jurídico como sistema de normas, Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Iniciación al Derecho*, Madrid, 2001.

presentan importantes diferencias entre sí, sin que éstas nos parezca que obedezcan a una lógica o coherencia interna. Creemos que las disparidades existentes en los instrumentos de reconocimiento mutuo son producto del hecho de que las decisiones marco y directivas tienen orígenes distintos -en ocasiones han sido iniciativas de la Comisión y en otros casos han sido propuestas de diferentes Estados miembros-. Cada una, a su vez, ha tenido su propio proceso de negociación antes de su aprobación, procesos que han durado años y en los que, a nuestro juicio, ha faltado una actuación intensa de los servicios técnicos de la Comisión que permitiera advertir de las incoherencias o contradicciones en que se iba incurriendo en el curso de esas negociaciones. En todo este proceso el legislador europeo no ha unificado criterios, no ha seguido una misma hoja de ruta en lo sustancial, dando como resultado una serie de productos normativos que adolecen de una deficiente técnica legislativa, con un acercamiento fragmentario y descoordinado al reconocimiento mutuo.

Sin entrar en excesivo detalle (que reservamos para los instrumentos específicamente destinados a la obtención de prueba que veremos en los capítulos siguientes), encontramos diferencias formales y sustantivas entre los distintos instrumentos de reconocimiento mutuo. Estas son algunas de ellas:

a) Documentación: debemos partir de la premisa de que es característico de todos estos instrumentos de reconocimiento mutuo que sea necesario documentarlos a través de un certificado o formulario único para todos los Estados miembros. Este certificado o formulario viene preestablecido en la normativa europea, como anexo a la decisión marco o a la directiva que promulgue el instrumento. Sin embargo, no hay uniformidad en si es suficiente la remisión del certificado o si éste debe venir acompañado de la resolución penal cuya eficacia se pretende en otro Estado miembro. Así las cosas, será necesario remitir sólo el certificado cuando estemos aplicando la OEDE, el EEP, la OEP y la OEI. En todos los demás supuestos, se exige que al certificado se acompañe la resolución judicial objeto de reconocimiento mutuo. Consideramos que esta distinción carece de lógica alguna. Desde luego, no puede considerarse que el certificado se configure como documento suficiente en aquellos instrumentos que de manera menor afecten a los derechos fundamentales de los imputados⁴⁷⁴ y, si no es por la gravedad de la injerencia, tampoco resulta fácil aventurar otro criterio (no lo es, por ejemplo, que afecte a personas, pues para la detención es suficiente el certificado y no lo es para las MMAA, PPL o LV). En abstracto podría considerarse que un criterio lógico podría consistir en que resulte necesaria la resolución para poder determinar si concurren o no causas de denegación. Sin embargo, tampoco este criterio es el seguido por el legislador europeo, pues no existe correlación entre la previsión de determinadas causas de denegación y la exigencia de remisión de la resolución. En nuestra opinión habría sido deseable que, en todo caso, al certificado se acompañase la resolución judicial del que aquel trae causa. Y así lo entendemos porque si el objeto de reconocimiento mutuo es una resolución penal dictada en un Estado miembro, nos parece que la resolución en sí no puede faltar en este proceso de reconocimiento. Es más, los certificados a veces presentan deficiencias en su estructuración, haciendo que algunos aspectos esenciales de

⁴⁷⁴ El embargo preventivo de bienes y el aseguramiento de prueba incide de forma menos grave en los derechos del individuo que la orden europea de detención, y a pesar de ello, no se consiguió la creación de un título único para este instrumento como había ocurrido con la euro-orden, sin que haya explicación alguna para que se haya optado por este modelo de certificado que debe enviarse junto con la orden original dictada por la autoridad de emisión, cfr. MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas. La ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las Decisiones Marco”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*...cit, pág. 397.

información no tengan cabida en ninguno de sus apartados. Esto conlleva que resulte imprescindible completarlos con la resolución penal, por lo que habría sido ventajoso que se hubiera establecido la regla general de que la resolución acompañase siempre al certificado. Lo expuesto no es obstáculo para reconocer que el certificado tiene sin duda utilidad. Especialmente porque resulta fácilmente reconocible el tipo de actuación judicial que requieren las autoridades de un Estado frente a las de otro, haciendo que todos los operadores jurídicos se familiaricen con un mismo modo de requerir diligencias en otro Estado miembro.

b) Transmisión: Encontramos dos grandes opciones 1) la transmisión simultánea a todo el espacio judicial de la UE o 2) sólo a uno o a varios – pero concretos y específicos- Estados miembros. Y esto con independencia de que fuese necesario, al menos en abstracto, su transmisión a todo el espacio europeo.

* De todos los instrumentos, sólo dos de ellos están llamados a difundirse, al menos de manera potencial, a todos los Estados de la Unión. Son la orden europea de detención y entrega y las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros con motivo de un nuevo proceso penal. Sólo en relación con estos el espacio de justicia europeo es un espacio único, al margen del número de Estados que en su caso tengan finalmente que desarrollar un papel activo para garantizar la ejecución de la resolución penal. Son, en definitiva, instrumentos globales, propios de este espacio europeo⁴⁷⁵, habiendo superado la relación bilateral propia de los instrumentos convencionales.

-En la orden europea de detención, la autoridad de emisión puede conocer el paradero de la persona buscada, en cuyo caso la remitirá directamente a la autoridad de ejecución. Pero incluso en ese caso - y desde luego cuando desconozca su localización- puede introducir la OEDE en el Sistema de Información Schengen (sistema SIS). La orden desplegará su eficacia en todo el territorio Schengen, de modo que donde quiera que se halle al reclamado podrá ser objeto de detención.

-En relación con las resoluciones condenatorias ya vimos que lo que se pretende es que la condena anterior pronunciada por un Estado miembro surta efecto en relación con esta misma persona cuando cualquier otro Estado miembro le someta a un nuevo proceso penal. En definitiva, tiene vocación de eficacia en todo el espacio judicial europeo, de ahí que se encuadre en esta primera categoría. La difusión de esta condena en todo el espacio judicial se articula a través del intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales (a través del sistema ECRIS, como hemos analizado en el capítulo anterior).

* Por el contrario, la mayoría de los instrumentos de reconocimiento mutuo se transmiten a uno o varios Estados miembros específicos para que sólo en ellos opere el reconocimiento mutuo. Las razones por las que estos instrumentos se encuadran en esta

⁴⁷⁵ PEITEADO subraya cómo en el caso concreto de la decisión marco relativa a la consideración de resoluciones condenatorias con motivo de un nuevo proceso penal no puede decirse haya una cooperación con el Estado del que las resoluciones proceden, puesto que tal reconocimiento no incide en modo alguno en el proceso penal que tuvo ya lugar en dicho Estado. Repercute, eso sí, en el Estado que reconoce la resolución, puesto que podría implicar que se considerase reincidente al acusado. Concluye esta autora que el reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas no es tanto un instrumento de cooperación como fundamentalmente una herramienta idónea para crear un espacio judicial europeo, cfr. PEITEADO MARISCAL, P., “El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la Unión Europea” en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*.cit, pág. 181-182.

segunda categoría son lógicas en unos pero no lo son tanto en otros, como expondremos a continuación.

-En la DM/LV la relación es evidentemente bilateral. De una parte, el Estado emisor es el que ha dictado la sentencia por el que se impone a una persona física una pena privativa de libertad, concediéndose la libertad vigilada, o una pena suspendida, una condena condicional o una pena sustitutiva. El Estado de ejecución, por su parte, será el Estado que vigilará estas penas y medidas, pero porque concurren una serie de condiciones: o bien la persona condenada tiene en él su residencia legal y habitual y desea regresar al mismo, o bien es el Estado que ha solicitado la persona condenada y la autoridad de ejecución ha dado su consentimiento a que la sentencia le sea transmitida. Por tanto, resulta evidente que la sentencia no debe transmitirse al espacio judicial europeo de manera global, sino sólo al Estado de ejecución que reúna estas características. Lo mismo puede decirse de la DM/PPL o de la DM/MMAA.

Sin embargo, esta bilateralidad carece de sentido en otros instrumentos, que, sin embargo, no contienen la posibilidad de remisión indiscriminada.

-En lo que concierne a la DM/EPYAP resulta evidente que en un proceso penal pudiera ser instrumento del delito, y por tanto prueba a asegurar, un vehículo concreto. El vehículo es perfectamente susceptible de ser reseñado en el SIS, de hecho bien pudiera ser que no se sepa dónde está exactamente y resulte necesario activar la alerta en todo el espacio europeo. Pues bien, tal previsión no se contiene en la normativa europea, que sólo contempla la transmisión desde una perspectiva bilateral.

-Una solución a medio camino de las expuestas es la que acoge la DM/DC. La regla general es que no cabe la transmisión más que a un Estado de ejecución al mismo tiempo, pero con una serie de excepciones que permiten la transmisión simultánea a más de un Estado ejecutor (en lo que aquí nos interesa, que se trate de distintos bienes ubicados en distintos Estados, o que un bien concreto pueda estar en uno de los dos Estados concretamente determinados).

c) Plazo: una de las notas características de los instrumentos de reconocimiento mutuo es la necesidad de que la autoridad de ejecución se pronuncie sobre el reconocimiento y la ejecución de la resolución judicial extranjera en un plazo perentorio. No estamos ante la asistencia judicial convencional, que no viene sujeta a plazos predeterminados en los convenios, entre otros motivos porque en cierta medida la propia ejecución de las diligencias solicitadas viene sometida a la voluntad de cooperar de las autoridades implicadas⁴⁷⁶. Con los instrumentos de reconocimiento mutuo estamos ante un procedimiento expeditivo, con causas tasadas de denegación, y donde se exige una respuesta rápida de la autoridad de ejecución. Por eso en estos instrumentos el plazo de ejecución es una característica importante, que define el tipo de cooperación que

⁴⁷⁶ SPENCER lo describe muy gráficamente en sus aportaciones al Libro Verde de la Comisión Europea en relación con la obtención de prueba transfronteriza y su admisibilidad. Cuando aborda la diferencia entre reconocimiento mutuo y asistencia mutua pone el ejemplo del Estado A y el Estado B, de modo que la base de la petición de asistencia legal mutua sería una solicitud educada: “State B, please would you take this step for us, if you can” y en el reconocimiento mutuo, el presupuesto es una orden: “State B, we require you to execute this order for us”, cfr. SPENCER J.R., “Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility. Provisional reactions by Professor J.R. Spencer (University of Cambridge)”, disponible en el enlace:

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/john_spencer_en.pdf

pretenden instaurar entre autoridades de un mismo espacio europeo. Pues bien, aun partiendo de esta premisa, el tratamiento que hacen los instrumentos de reconocimiento mutuo de los plazos dista mucho de ser homogéneo, estando regulada esta materia de manera ciertamente incoherente.

Queremos decir con esto que no resulta lógico que en la DM/EPYAP se contemple que la autoridad de ejecución debe decidir y comunicar su decisión sobre el reconocimiento lo antes posible, y siempre que sea viable, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de dicha solicitud, mientras que, por el contrario, en la DM/DC no haya concreción alguna del plazo, estipulándose únicamente que se tomarán de inmediato las medidas oportunas para su ejecución. El plazo sin duda resulta muy breve para el embargo preventivo, prácticamente irrealizable. La fijación de un plazo breve sería también imprescindible en el decomiso, donde puede existir un auténtico *periculum in mora* (singularmente si no viene precedido de una medida cautelar y existe el peligro real de que el condenado transmita el bien para eludir la privación definitiva a que se enfrenta). Idéntica extrañeza suscita que no se haga concreción alguna de plazo en la DM/SP, que vuelve a repetir la fórmula de que se adopten medidas “de inmediato”. Pero resulta de todo punto incomprensible que no se haya previsto plazo alguno en el que el Estado de ejecución deba pronunciarse en relación con la D/OEP. Si lo que se pretende con este instrumento de reconocimiento mutuo es garantizar la integridad de una persona, con más razón que en el caso del embargo de bienes habría que haber previsto un plazo en el que la autoridad de ejecución debe pronunciarse. Este plazo sería una garantía para la víctima, que podría incluso optar por marcharse de este Estado si el mismo deniega el reconocimiento a la protección que el Estado de emisión le había brindado. La remisión a que se reconozca “sin demora indebida” nos parece claramente insuficiente.

Encontramos también diferencias notables en aspectos que podrían calificarse de carácter sustancial o de fondo:

d) Análisis de la proporcionalidad: El juicio de proporcionalidad está presente en algunos de estos instrumentos, pero no en todos. En relación con las SP, por ejemplo, es una causa facultativa de denegación que la multa sea inferior a 70 euros o una cantidad equivalente. Sin embargo, ninguna referencia a la cuantía se recoge en la DM/EPYAP o en la DM/DC, pudiéndose dar la situación de que la autoridad judicial de ejecución venga obligada a reconocer y ejecutar embargos y decomisos por importes nimios. La ausencia de un criterio exigente de proporcionalidad para la emisión de la OEDE ha motivado fuertes críticas en relación con este instrumento. En otras normas posteriores, como la DM/PPL o en la DM/LV el juicio de proporcionalidad viene recogido en la causa de denegación facultativa relativa a que el tiempo de pena que reste por cumplir o la duración de la medida o pena sustitutiva sean inferiores a seis meses.

e) Doble tipificación de la conducta: la muestra más significativa de lo que venimos exponiendo la encontramos en el tratamiento de la ausencia de doble tipificación de la conducta como causa para denegar el reconocimiento o la ejecución de la resolución. En algunos instrumentos la ausencia de doble tipificación de la conducta puede operar siempre como causa de denegación de la ejecución, sin excepciones (es el caso, por ejemplo, de la OEP). En otros puede eximirse del control de doble tipificación ante determinadas categorías delictivas si se satisfacen determinados umbrales de pena u otras condiciones (pues varían en cada uno de los instrumentos). Pero lo que queremos poner de manifiesto es el cambio de filosofía que implica recoger indiscriminadamente

el requisito de que la conducta esté tipificada. ARANGÜENA lo pone de manifiesto en relación con la DM/MMAA cuando señala que “este modo de operar de la doble tipificación, tradicional ya en los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales si bien no exento de problemas en cuanto a su aplicación, resulta claramente cuestionable en lo que a las medidas de vigilancia sustitutivas de la prisión se refiere; y es que no deja de ser paradójico que para los delitos más graves se prescinda del control de la doble incriminación a efectos de un inmediato reconocimiento, y por el contrario deba efectuarse al objeto de no reconocer la resolución sobre medidas de vigilancia para los delitos menores, teniendo en cuenta que, como venimos advirtiendo desde un principio, lo que por regla general se evita con este instrumento es la prisión preventiva en el Estado de emisión a cambio de una medida alternativa no privativa de libertad a supervisar en el de ejecución. De este modo resulta favorecido desde el punto de vista de un reconocimiento sometido a menores requisitos quien ha cometido una infracción grave que quien resulta autor de una menos grave, lo cual carece de sentido”⁴⁷⁷.

Además de achacar a los instrumentos de reconocimiento mutuo el hecho de que presentan diferencias injustificables o en ocasiones – como en la exigencia de doble tipificación de la conducta- mimetismos que desconocen el sentido del instrumento merece también que se destaque la ausencia de complementariedad o de interrelación entre ellos: por ejemplo, en la DM/EPYAP se hace referencia a la asistencia judicial penal en materia de decomiso, al tiempo de promulgarse la DM/DC se debería haber modificado la de embargo para adaptarla al nuevo instrumento. La complementariedad se echa especialmente en falta en relación con los instrumentos de reconocimiento mutuo que afectan a las personas (OEDE, PPL, MMAA, LV y OEP) hasta el punto que consideramos imprescindible que se articule un registro europeo de órdenes que permita el juego simultáneo de todos los instrumentos de reconocimiento mutuo que afectan a éstas⁴⁷⁸.

Donde mayor uniformidad se aprecia en estos instrumentos de reconocimiento mutuo es en sede de recursos, concretamente en la distinción entre las materias que son recurribles ante el Estado de emisión y las que deben serlo sólo ante el Estado de ejecución. No obstante, hay instrumentos, como la DM/OEDE, donde no hay previsión alguna sobre el régimen de recursos de que es susceptible el proceso de reconocimiento. Para los demás, se podría sintetizar la regulación en la máxima de que los presupuestos de fondo que justifican la emisión del instrumento deben recurrirse ante el Estado de emisión y los presupuestos de su reconocimiento y ejecución ante el Estado de ejecución. Pero esta cierta uniformidad de criterio quiebra en lo que atañe al procedimiento que debe seguirse en caso de interponerse recurso:

-en algunos instrumentos el recurso ante el Estado de ejecución obliga a conferir un trámite de alegaciones al Estado de emisión. Es el caso de la DM/EEP y DM/EPYAP;

⁴⁷⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., “Reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas (de vigilancia) alternativas a la prisión provisional” en AAVV, *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015.

⁴⁷⁸ Permítaseme remitirme a trabajos previos, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., “Cuestiones prácticas en relación con el instrumento de libertad vigilada” en AAVV, *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015.

-en otros lo único que prevé expresamente la normativa europea es que se informe a la autoridad de emisión del recurso interpuesto, como en la DM/DC y DM/MMAA

-en los demás, nada se regula al respecto.

Creemos que lo expuesto es suficientemente significativo de lo que venimos denunciando: la ausencia de un auténtico sistema de normas en lo que a reconocimiento mutuo se refiere. También creemos que justificaría sobradamente que el legislador europeo estudie su reformulación al amparo ya de las nuevas posibilidades que el Tratado de Lisboa ofrece. Dado que el principio de reconocimiento mutuo se ha plasmado ya en una decena de normas jurídicas parece imprescindible que el legislador europeo aborde su reformulación para hacerlas no sólo coherentes entre sí, sino también más operativas a través de su interrelación y aplicación conjunta. Lo que consideramos deseable – aunque utópico - es que se promulgue una nueva directiva que refunda los instrumentos ya vigentes y subsane las deficiencias que la doctrina y la práctica vienen poniendo de manifiesto desde hace años. Y creemos que este proceso de reformulación legislativa debe venir acompañada de otros mecanismos accesorios, como la creación de un registro europeo de órdenes que permita su articulación también en la práctica.

6. LA IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO

Tradicionalmente España ha traspuesto con notable retraso los instrumentos de reconocimiento mutuo. Durante más de una década, desde 2003 hasta 2014, sólo cuatro decisiones marco habían sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico a pesar de ser más de una decena los instrumentos de reconocimiento mutuo promulgados por la UE en ese periodo. La primera transposición se hizo a través de las siguientes leyes⁴⁷⁹:

- La DM/OEDE fue traspuesta por la Ley 3/2003 de 14 de marzo y la Ley Orgánica 2/2003 de 14 de marzo⁴⁸⁰, complementaria de la anterior.

- La DM/EPYAP lo fue por la Ley 18/2006 de 5 de junio para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas y la Ley Orgánica 5/2006⁴⁸¹, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y complementaria de la anterior.

- La DM/SP por la Ley 1/2008 de 4 de diciembre para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008 de 4 de diciembre⁴⁸² de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y complementaria de la anterior.

- Por último, la DM/DC por la Ley 4/2010 de 10 de marzo para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones que impongan el decomiso y la Ley Orgánica 3/2010 de 10 de marzo⁴⁸³, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y complementaria de la anterior.

⁴⁷⁹ Hemos incluido la referencia bibliográfica al mencionar la normativa europea objeto de transposición, ver *supra*.

⁴⁸⁰ Ambas en BOE de 17 de marzo de 2003.

⁴⁸¹ Ambas en BOE de 6 de junio de 2006.

⁴⁸² Ambas en BOE de 5 de diciembre de 2008.

⁴⁸³ Ambas en BOE de 11 de marzo de 2010.

Esta técnica legislativa consistente en trasponer al ordenamiento jurídico español cada instrumento de reconocimiento mutuo a través de leyes sucesivas ha sido recientemente sustituida por otra, que abandona la fragmentación y aúna en una única ley la regulación española de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Se trata de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea⁴⁸⁴ (en adelante LRM)⁴⁸⁵ que vino acompañada, como sus predecesoras, de una Ley Orgánica de reforma de la LOPJ, la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la LOPJ⁴⁸⁶. Paradójicamente esta LO 6/2014 se publicó en el BOE con anterioridad a la propia ley que complementa, la LRM. Nos limitaremos ahora a exponer las características generales de la LRM, sin perjuicio de ahondar en ella con mayor profundidad con ocasión de los concretos instrumentos de reconocimiento mutuo que inciden en la obtención de prueba transfronteriza.

La LRM tiene vocación de ser una ley omnicompreensiva de los instrumentos de reconocimiento mutuo promulgados en la UE, abarcando todos los ya aprobados y anunciando que integrará también los que lo sean en el futuro⁴⁸⁷. En atención a esta característica, la LRM no se limita a implementar las que España tenía pendientes de incorporar a nuestra legislación tras la Ley 4/2010. Por el contrario, opta por una solución codificadora: deroga las anteriores leyes de reconocimiento mutuo y acomete de forma conjunta la trasposición a España de todos estos instrumentos. El resultado es una ley larga, 200 artículos distribuidos en diez títulos.

Pretende ser una ley sistemática, con una parte general y una parte que podríamos calificar de especial:

a) Parte General

Estaría integrada por dos títulos, el Preliminar, dedicado al Régimen general del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y el título I, sobre el Régimen general de la transmisión, el reconocimiento y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo en la Unión Europea.

Del título Preliminar es importante destacar que define el principio de reconocimiento mutuo, tanto desde su perspectiva activa (art. 1 párrafo primero LRM) como pasiva (art.1 párrafo segundo LRM). Es algo que no se había hecho con anterioridad en las leyes promulgadas en materia de reconocimiento mutuo y que a nuestro entender tiene importancia porque facilita la comprensión del texto legal. Es también destacable que enumere los concretos instrumentos de reconocimiento mutuo (art. 2) de modo que quede claro que no estamos ante un principio general que pueda aplicarse más allá de este listado. De singular relevancia es también el hecho de que los siguientes artículos,

⁴⁸⁴ BOE de 21 de noviembre de 2014.

⁴⁸⁵ Sobre la implementación en España de los instrumentos de reconocimiento mutuo en la nueva LRM, cfr. AAVV, *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015; cfr. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C y SEBASTIÁN MONTESINOS, A, *Manual práctico de reconocimiento mutuo penal en la Unión Europea*, Valencia, 2015.

⁴⁸⁶ BOE de 30 de octubre de 2014.

⁴⁸⁷ Así se menciona en su preámbulo, apartado II *in fine*, donde al dar cuenta de la estructura de la ley enfatiza que “se articula a través de un esquema en el que tiene fácil cabida la incorporación de las futuras directivas que puedan ir adoptándose en esta materia”.

el 3 y 4 LRM, describan el régimen jurídico a que quedarán sometidos los instrumentos de reconocimiento mutuo, en primer lugar proclamando el respeto a los derechos y libertades fundamentales y en segundo lugar haciendo referencia a su interpretación conforme con las normas de la UE reguladoras de cada uno de los instrumentos.

El título I está dividido en dos capítulos, el relativo a la transmisión⁴⁸⁸ de los instrumentos de reconocimiento mutuo por las autoridades judiciales españolas y el relativo al reconocimiento y ejecución por las autoridades judiciales españolas de estos instrumentos. En definitiva, cada uno de los capítulos abarca un tipo de cooperación, la activa el primero, la pasiva el segundo.

En nuestra opinión merece una muy distinta valoración la calidad de la regulación normativa en uno y otro capítulo de este título I. Las normas de emisión logran en gran medida su propósito, estableciendo un sistema general cualquiera que sea el instrumento concreto sobre el que deban proyectar su aplicación. Por el contrario, las normas de ejecución, muy especialmente las relativas a las causas de denegación, no logran la sistematización que se pretendía. Se dice esto porque en cada título dedicado a cada instrumento de reconocimiento mutuo se volverá a incidir en las causas de denegación y al hacerlo en ocasiones se incurrirá en contradicciones con lo previsto con carácter general en este capítulo segundo del título I. También nos parece digno de crítica que no se haya incluido en este capítulo general la denegación basada en la ausencia de doble tipificación de la conducta, que viene diferida a la parte especial, en nuestra opinión sin suficiente justificación. Y para finalizar, consideramos que se ha perdido la oportunidad de establecer la equivalencia entre las categorías que eximen del control de doble tipificación de la conducta con los correspondientes tipos penales de nuestro Código Penal. Haberlo hecho habría redundado en la seguridad jurídica y en la plena satisfacción del principio de legalidad que tanto ha reclamado la doctrina.

b) Parte Especial

Lo que venimos denominando parte especial estaría conformada por el título II, dedicado a la orden europea de detención y entrega; el título III, resoluciones por las que se imponen penas o medidas privativas de libertad; el título IV, resolución de libertad vigilada; título V, resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional; título VI, orden europea de protección; título VII, resolución de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; título VIII, resoluciones de decomiso; título IX, sanciones pecuniarias y título X, exhorto europeo de obtención de prueba. Apreciamos por tanto cierta secuencia lógica en la distribución de los instrumentos de reconocimiento mutuo en los distintos títulos: primero se regula los que afectan a las personas, luego los que proyectan su aplicación sobre las cosas y finalmente el de prueba. Es una distribución muy conveniente pues de implementarse la D/OEI como título XI se mantendrá la coherencia sistemática de la ley en su conjunto. Tras la parte especial se incluyen en anexos, hasta XIII, los diferentes formularios o certificados en los que se documentan los instrumentos⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ En la rúbrica del capítulo se menciona la transmisión, no la emisión, cosa frecuente en el resto del texto legal al regular cada uno de los singulares instrumentos. Nos parece una omisión poco afortunada porque de la lectura de los preceptos se colige, como por otra parte es lógico, que se regula la emisión como paso previo a la transmisión de los instrumentos por nuestras autoridades.

⁴⁸⁹ Mencionaremos como curiosidad que uno de los certificados, el de la orden europea de protección, no aparece completo en la publicación oficial del BOE.

Los títulos de la parte especial tienen a su vez una distribución interna similar entre sí. Un primer capítulo, dedicado a las disposiciones generales, define el tipo de resolución penal que será objeto de regulación, su ámbito de aplicación y las autoridades judiciales competentes en España para su emisión y ejecución; el segundo capítulo regula la faceta activa (emisión y transmisión por nuestras autoridades judiciales del concreto instrumento de que se trate) y el tercer capítulo la pasiva (ejecución en España del específico instrumento). Excepcionalmente algún título de la parte especial cuenta con un cuarto capítulo, dedicado a otras disposiciones, concretamente a la aplicación del principio de especialidad en la entrega de sujetos.

El contenido jurídico de esta parte especial es irregular, pues la regulación que contiene de unos y otros instrumentos presenta aciertos y deficiencias técnicas muy dispares.

En general nos parece que la nueva implementación de los que ya estaban incorporados a nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la LRM sufre una clara mejoría. Al menos esa es la opinión que nos merece la introducción del principio acusatorio y de proporcionalidad en la emisión de la OEDE para el ejercicio de acciones penales. También las nuevas normas de competencia territorial en materia de embargo, decomiso y sanciones pecuniarias, que favorecen una única respuesta de nuestros tribunales ante un único certificado, evitando divisiones del mismo o inhibiciones indeseables cuando el objeto sobre el que recae la resolución cambia de ubicación. Por último, se generaliza la posibilidad de recurrir contra la emisión y la ejecución de todos los instrumentos, cuestión ésta que en lo que a la OEDE se refiere había sido también objeto de frecuente crítica.

La trasposición de los demás instrumentos de reconocimiento mutuo no corre la misma suerte. En algunos apreciamos el uso de una terminología inadecuada (paradigmático es el caso del título IV dedicado a las resoluciones de libertad vigilada, concepto que en nada se asemeja al regulado bajo ese mismo nombre en el Código Penal). En otros se aprecia cierta confusión en cuanto a las autoridades competentes para su emisión (como ocurre con el instrumento de penas privativas de libertad en relación con el tribunal sentenciador y el juzgado de vigilancia penitenciaria) o para su ejecución (como en el caso de la orden europea de protección cuando se recibe también en España el instrumento de medidas alternativas a la prisión provisional o el de libertad vigilada por trasladarse también el investigado o condenado a nuestro país con posterioridad a la víctima). El trámite procedimental tampoco guarda una lógica común: en ocasiones se prevé tanto para la emisión como para la ejecución la necesidad de conferir traslado previo al fiscal, en otros no, sin que *a priori* parezca que haya razones objetivas para esta distinción.

Por lo demás, creemos que la LRM sí cumple uno de los objetivos abiertamente pretendidos con su promulgación: facilitar a los operadores jurídicos la aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo al acabar con la dispersión normativa reinante hasta el momento en España, dispersión que pervive todavía en la UE. Sin perjuicio de que su redacción podría haber sido más sencilla y comprensible, también lo es que las peculiaridades del reconocimiento mutuo europeo no hacían fácil cumplir este objetivo de claridad y uniformidad. La propia regulación europea en esta área, fragmentada, incoherente y no sistemática -como venimos denunciando- hacía poco menos que imposible que el legislador español construyera un sistema interno de reconocimiento mutuo que no viniera viciado con estos defectos heredados de las propias normas europeas. Por último, pero no por ello menos importante, consideramos que la LRM

logra acabar con la inseguridad jurídica que reina en nuestro ordenamiento jurídico en materia de cooperación internacional penal, ahora bien, sólo en lo que a reconocimiento mutuo se refiere. Decimos esto porque el nuevo texto legal, con mayor o menor acierto, se pronuncia con claridad sobre el tipo de autoridad que deberá emitir o ejecutar cada tipo de instrumento, precisa la intervención de las partes procesales en su tramitación y establece referencias suficientes a la legislación supletoria, la LECrim, en aquellas cuestiones no expresamente reguladas. Una ley de similares características para el ámbito de la asistencia convencional penal es lo que se viene demandando desde distintas instancias y desde luego también nosotros en estas páginas.

7. PERSPECTIVAS DE FUTURO DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO: LA ARMONIZACIÓN DE GARANTÍAS PROCESALES EN LA UE

Partiendo de la firme consagración del principio de reconocimiento mutuo como principio clave del desarrollo del espacio judicial europeo, cabe preguntarnos cuales son las perspectivas futuras para este ámbito que está tan íntimamente ligado a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos europeos. La valoración de la andadura del reconocimiento mutuo, breve en el tiempo pero ciertamente prolija en instrumentos y resultados, nos lleva de nuevo a los orígenes del principio, al debate sobre si es posible o no seguir construyendo esta Europa común en justicia penal sin armonizar o aproximar nuestros derechos penales sustantivos y procesales penales⁴⁹⁰.

SARMIENTO⁴⁹¹ recuerda que la libertad de circulación comunitaria ha demostrado en los últimos cincuenta años que su funcionamiento genera dos efectos: la competencia entre ordenamientos jurídicos para atraer hacia su espacio territorial a actores económicos a través de un régimen jurídico más favorable (pudiendo esto conducir a una “race to the bottom”, una carrera hacia el nivel más bajo de protección) y una armonización desde el nivel europeo. Al extrapolar el autor esta dinámica al ámbito penal concluye que la competencia entre normas penales puede crear un “ius puniendi shopping” contraproducente en la formación de una política europea en asuntos de justicia e interior. Destaca que el reconocimiento mutuo puede generar importantes conflictos constitucionales y conlleva importantes riesgos para la Unión (la búsqueda de confianza mutua puede provocar finalmente una desconfianza colectiva) y el activismo judicial del Tribunal de Justicia en la interpretación amplia del *ne bis in idem* se convierte en una pieza más de la maximización del reconocimiento mutuo en el ámbito penal, pero que no está exenta de problemas, pues las posibilidades de conflictos constitucionales entre los Estados miembros en estas materias del antiguo tercer pilar son exponencialmente más elevadas. Concluye que debe apostarse decididamente por una futura política armonizadora a nivel europeo y que el Tribunal de Justicia debe avanzar con un espíritu menos combativo, atendiendo a las consecuencias de sus resoluciones para el conjunto de los ordenamientos nacionales y abriendo su jurisprudencia a cláusulas de salvaguarda en el ámbito del reconocimiento mutuo.

⁴⁹⁰ Cfr. JIMENO BULNES, M., “El modelo de espacio judicial europeo en materia penal antes y después de Lisboa: ¿justicia versus seguridad o seguridad versus justicia? en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona 2013, pág. 313.

⁴⁹¹ Cfr. SARMIENTO, D., “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea” en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, 2007, pág. 54-64.

Sólo recientemente la UE ha promulgado instrumentos normativos que centran su atención en las garantías de los imputados en los procesos penales, actividad legislativa que ha tenido muy favorable acogida doctrinal⁴⁹². Pero la ausencia en el momento actual de un sistema completo de garantías procesales para los imputados es el exponente máximo de por qué los instrumentos de reconocimiento mutuo no conforman un sistema de normas. Un sistema, por definición, debe ser integral. No lo es, por tanto, un conjunto de normas que no regulan suficientemente el conjunto total de garantías de que deben gozar los imputados que se ven afectados por estos instrumentos de reconocimiento mutuo.

El camino hasta la promulgación de las primeras normas de la UE en materia de garantías procesales no ha estado exento de obstáculos. La propuesta de Decisión Marco de Consejo, presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004⁴⁹³ fue finalmente abandonada. En este proceso ha sido sin duda crucial que la Carta Europea de Derechos Fundamentales, aprobada en Niza en el 2000, desde el Tratado de Lisboa haya adquirido naturaleza jurídica vinculante con un valor idéntico al de los Tratados (art. 6.1 y art. 6.2). De este modo no es hasta 2009 que el Consejo de la Unión Europea reconoce que la Unión ha elevado el nivel de seguridad de los ciudadanos, pero que deviene también necesario abordar los problemas que se plantean cuando éstos son sospechosos o acusados en un procedimiento penal, de modo que se garantice que en toda la Unión Europea los procesos penales son equitativos. En este sentido, la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procedimientos penales⁴⁹⁴, viene a establecer un programa de actuación tendente a aumentar el nivel de confianza entre los distintos Estados miembros en relación con sus respectivos sistemas penales. Esta finalidad se logrará fijando unos estándares mínimos comunes a toda la Unión, cuyo establecimiento redundará en una mayor facilidad en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

El Consejo opta por abordar estos derechos procesales fundamentales de manera gradual y separada, aunque manteniendo una coherencia del conjunto. Se relacionan así una serie de derechos, si bien se destaca el carácter no exhaustivo del listado y, en consecuencia, la posibilidad de que se incluyan nuevos derechos ulteriormente. Concretamente estos derechos se refieren a la traducción e interpretación, la información sobre derechos y sobre los cargos, el asesoramiento jurídico y la asistencia jurídica gratuita, la comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares, la salvaguarda especial para acusados o sospechosos que sean vulnerables y la duración sobre la detención provisional. También resulta crucial que la otra parte del

⁴⁹² Al respecto, Cfr. VALBUENA GONZÁLEZ, F., “Derechos procesales del imputado” en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, M, coord.), Barcelona, 2007, pág. 397-416; Cfr. AAVV, *Garantías fundamentales del proceso penal en el Espacio Judicial Europeo* (DE LA OLIVA/ARMENIA/CALDERÓN COORD.), Madrid, 2007; Cfr. AAVV, *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal* (CALDERÓN/IGLESIAS Coord.), Cizur Menor, 2009; Cfr. AAVV, *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008; cfr. GONZÁLEZ CANO, M.I., “La armonización de las garantías procesales penales en la Unión Europea” en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.), Valencia 2012, pág. 1273-1296.

⁴⁹³ Documento COM (2004) 75 final, de 19 de febrero de 2003.

⁴⁹⁴ DOUE C 295 de 4 de diciembre de 2009.

proceso penal, la víctima del delito, vea suficientemente protegidos sus derechos. Fruto de esto, han sido promulgadas las siguientes Directivas:

- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales⁴⁹⁵, implementada en España mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁴⁹⁶ (en adelante LO 5/2015)
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales⁴⁹⁷, también implementada por la LO 5/2015,
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁴⁹⁸, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la reforma de la LECrim operada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁴⁹⁹ (en adelante Ley 4/2015),
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los

⁴⁹⁵ DOUE L 280 de 26 de octubre de 2010. Un primer comentario a esta directiva, donde se expone con cierto detalle su azarosa génesis, lo encontramos en SANZ HERMIDA, A., “La nueva directiva sobre los derechos de interpretación y traducción en los procesos penales”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 22, 2010; Cfr. ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011; cfr. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “Derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales en el marco de la Unión Europea. Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana (ROBLES dir.coord)*, Cizur Menor, 2013, pág.73-94; VIDAL FERNÁNDEZ, B., “El derecho a intérprete y a la traducción en los procesos penales en la Unión Europea. La iniciativa de 2010 de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la interpretación y traducción”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal (ARANGUENA FANEGO, C, dir)* Valladolid, 2010; cfr. JIMENO BULNES, M., “Acceso a la interpretación y traducción gratuitas” en *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea (ARANGÜENA FANEGO coord.)* Valladolid, 2007; JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “El derecho fundamental a ser asistido por un abogado y por un intérprete” en *La traducción y la interpretación jurídicas en la Unión Europea. Retos para la Europa de los ciudadanos (ORTEGA ARJONILLA dir.)*, Granada, 2008; cfr. ORTEGA HERRÁEZ, J.M., *Interpretar para la Justicia*, Granada, 2011;

⁴⁹⁶ BOE de 28 de abril de 2015.

⁴⁹⁷ DOUE L 142 de junio de 2012. En la doctrina, cfr. LARA LÓPEZ, A., “El derecho a la información en los procesos penales en la Unión Europea. Un estudio sistemático de la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana (ROBLES dir.coord)*, Cizur Menor, 2013, pág.175-212.

⁴⁹⁸ DOUE L 315 de 14 de noviembre de 2012. Entre la doctrina que ha abordado el estudio de esta directiva cfr. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., “Un nuevo impulso a las garantías procesales de las víctimas en la Unión Europea” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (MARTÍN OSTOS coord.)* Barcelona 2013, pág.175-188; cfr. MOLINA CABALLERO, M.J., “Estatuto de la víctima en el proceso penal en la UE. De la Decisión Marco 2001/220 a la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana (ROBLES dir.coord)*, Cizur Menor, 2013, pág.243-285.

⁴⁹⁹ BOE de 28 de abril de 2015.

procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad⁵⁰⁰, implementada en España mediante la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica⁵⁰¹ (en adelante LO 13/2015).

Asimismo, la Comisión ha presentado otras propuestas para avanzar en el conjunto de garantías de los investigados en procedimientos penales. Concretamente:

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales⁵⁰²;
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales⁵⁰³;
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea⁵⁰⁴.

Por tanto, una primera conclusión es que para poder extender a cada vez mayores ámbitos el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales resulta imprescindible continuar con la línea de regular de manera uniforme para la UE las garantías procesales del proceso penal. La jurisprudencia del TEDH debe ser, en este sentido, sólo el punto de partida⁵⁰⁵. Compartimos la opinión de CALDERÓN al enfatizar que el objetivo del reconocimiento mutuo debería ser secundario respecto del nuclear, que es la tutela de los derechos básicos del justiciable. Así las cosas, una aproximación en las garantías procesales que se aplican al sospechoso y una visibilidad mayor de las mismas ha de generar el clima de confianza recíproca que facilitará el reconocimiento mutuo⁵⁰⁶.

Para ilustrarlo hagamos una propuesta *lege ferenda*: en el ámbito de prisión provisional no existe instrumento de reconocimiento mutuo alguno y consideramos que estaría justificado que existiera, pues el tiempo que medie desde la detención hasta el enjuiciamiento es lógico que el investigado pueda pasarlo, aun privado preventivamente de libertad, en su Estado de residencia (donde su privación provisional de libertad resulta más acorde a sus derechos fundamentales, pues podrá

⁵⁰⁰ DOUE L 294 de 6 de noviembre de 2013. En la doctrina cfr. ARANGÜENA FAENGO, C., “El derecho a la asistencia letrada y nuevos pasos para su garantía en la Unión Europea” en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.)*, Valencia 2012, pág. 1187-1202.

⁵⁰¹ BOE de 6 de octubre de 2015.

⁵⁰² Documento COM(2013) 821 final de 27 de noviembre de 2013.

⁵⁰³ Documento COM (2013) 822 final de 27 de noviembre de 2013.

⁵⁰⁴ Documento COM(2013) 824 final de 27 de noviembre de 2013.

⁵⁰⁵ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “Obtención de pruebas en Europa: la función del TEDH en la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el proceso penal” en *Revista de derecho procesal*, nº 1, 2006.

⁵⁰⁶ Cfr. CALDERÓN CUADRADO, M.P., “Contra la armonización positiva- y procesal- en la Unión Europea” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir/ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord)*, Cizur Menor, 2012, pág. 120-124.

tener derecho a visitas que le permitirán mantener su derecho a la vida familiar, por ejemplo, además de que resultará más fácil que se integre en el sistema carcelario pues, entre otros motivos, no habrá barreras lingüísticas). Pues bien, si la UE opta por legislar en esta área parece razonable que vaya acompañado el instrumento de reconocimiento mutuo de una norma europea que fije plazos máximos de prisión preventiva así como el régimen de incomunicación u otras circunstancias a que pueda quedar sometido. De este modo, la resolución judicial que acuerde la privación provisional de libertad a resultas de un determinado proceso seguido en un Estado miembro se ejecutará sin excesivas dificultades en otro Estado miembro. Sin esta armonización o aproximación de legislaciones el reconocimiento mutuo de este tipo de resoluciones presentaría retos de entidad.

CAPÍTULO VI

LA OBTENCIÓN DE PRUEBA A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. APROXIMACIONES A LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LOS PRIMEROS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO- 1.1 *La orden europea de detención y entrega-* 1.2 *El embargo preventivo y aseguramiento de prueba-*2. INSTRUMENTOS EXCLUSIVAMENTE DESTINADOS A LA OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL. EL COMPLICADO ITER LEGISLATIVO DEL EXHORTO EUROPEO DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN-2.1 *Denominación de los instrumentos-*2.2 *El proceso de producción normativa del exhorto europeo de prueba y de la orden europea de investigación-* 2.2.1.*La promulgación del exhorto europeo de obtención de prueba-* 2.2.2.*La promulgación de la orden europea de investigación-*2.3 *La vigencia y revisión de estos instrumentos y su relación con otros mecanismos de cooperación judicial penal para la obtención de prueba*

CAPÍTULO VI

LA OBTENCIÓN DE PRUEBA A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. APROXIMACIONES A LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LOS PRIMEROS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO

1.1 La orden europea de detención y entrega

En el primero de los instrumentos de reconocimiento mutuo promulgados, la OEDE, se contiene una regulación tangencial del aseguramiento y entrega de elementos probatorios. Concretamente el artículo 29 de la DM/OEDE regula esta materia, señalando que la autoridad de ejecución intervendrá y entregará los objetos que puedan servir como prueba (previsión a la que se suma que se incauten los que posea la persona buscada como resultado del delito, esto es, los bienes que pueden ser decomisados). Pero la OEDE no permite emitir este instrumento de reconocimiento mutuo con el exclusivo fin de incautar un objeto. La finalidad de obtención de prueba no es autónoma, está siempre vinculada a que se haya dictado la orden de detención y entrega de un sujeto frente al que se dirige la acción penal o frente al que ya se ha dictado una sentencia condenatoria.

Es más, del apartado g) del certificado obligatorio de emisión de la OEDE pudiera concluirse que existe una limitación más para la obtención de prueba a través de este instrumento de reconocimiento mutuo, y es que el objeto esté “en poder de la persona buscada” cuestión esta última que, sin embargo, no exige el articulado de la DM/OEDE. Pareciera, por tanto, que del certificado se desprendiera que sólo aquellos objetos probatorios que el reclamado tuviera junto a sí, consigo en el momento de su detención, pueden ser incautados. El artículo 29 DM/OEDE, sin embargo, posibilita que se intervenga cualquier objeto que pueda servir como prueba y, en consecuencia, entendemos que permite que se incauten aquellos objetos localizados con posterioridad o anterioridad a la detención y no necesariamente de manera simultánea a ésta, por mucho que el certificado en cuestión abogue por una interpretación más restrictiva.

Una vez incautados, el régimen de entrega de estos objetos sí goza ya de autonomía, pues expresamente prevé el articulado de la DM/OEDE que se entreguen a la autoridad de emisión aunque la persona reclamada fallezca o se evada, de modo que no se condiciona la entrega de la prueba a la entrega del sujeto detenido. Esta previsión tiene sentido desde luego en caso de evasión y también si hubiera otros imputados que, fallecido el reclamado, puedan tener que responder del hecho delictivo respecto del que el objeto incautado hace prueba. Sin embargo, si sólo el reclamado estuviese imputado, una vez fallecido y en consecuencia extinguida su responsabilidad penal, la entrega del objeto es patente que carecería de sentido.

Otra muestra de la autonomía del traslado de la prueba en relación con la entrega de la persona es la previsión de que los objetos puedan ser retenidos por la autoridad de ejecución cuando le resulten necesarios para un proceso penal en curso o que puedan ser entregados con la condición de que le sean devueltos. Dicha devolución tendrá lugar sin cargo alguno al Estado de ejecución cuando éste o terceros hayan adquirido derechos sobre los objetos.

La obtención de la prueba al amparo de este artículo podrá ser iniciativa de la autoridad de emisión o por propia iniciativa de la autoridad de ejecución. Si fuese la autoridad de emisión la que solicita la intervención de los elementos probatorios deberá describirlos en el certificado e indicar su localización en caso de conocerse. La previsión de que puedan incautarse por propia iniciativa de la autoridad de ejecución entendemos que ampara una auténtica actividad instructora de ésta que encaja mal con la naturaleza de este instrumento de reconocimiento mutuo, posibilitando que la autoridad de ejecución, que en principio está llamada únicamente a detener al reclamado, proceda de oficio a la búsqueda de todo elemento que según su criterio pueda tener eficacia probatoria en el proceso penal seguido ante la autoridad de emisión (esto es, un proceso penal que en gran medida le resultará desconocido). De ahí que resulte recomendable interpretar esta previsión de actuación de oficio en línea con la limitación recogida en el apartado g) del certificado, relativa a que se trate sólo de objetos que se encuentren en poder del reclamado.

Ilustrémoslo con un ejemplo: debe distinguirse entre el supuesto en el que el reclamado, al ser detenido, es hallado portando una pistola que previsiblemente es el arma utilizada para la comisión del delito que motiva la orden de detención, del supuesto en el que, dictada una OEDE, la autoridad de ejecución comienza a practicar una serie de diligencias de investigación para localizar el arma, adoptando medidas como registros de varios domicilios. En el primer caso, que podría calificarse de hallazgo casual, es lógico pensar que la entrega de la persona reclamada venga acompañada de la entrega de la pistola. En el segundo, sin embargo, aunque la entrega en sí – no la investigación- tenga plena cabida en la literalidad del artículo 29 DM/OEDE, se está enmascarando una auténtica labor instructora que va más allá de los estrechos márgenes de la detención y entrega del sujeto procesal (que es, recordémoslo, la finalidad de este instrumento de reconocimiento mutuo).

En relación con el régimen jurídico que regirá la obtención de prueba con ocasión de una OEDE, se establece expresamente que será de aplicación la legislación del Estado de ejecución. No se contempla la posibilidad, sin embargo, de que la autoridad de emisión especifique determinados procedimientos o formalidades que garanticen la admisibilidad en el Estado de emisión de la prueba obtenida en el Estado de ejecución. Específicamente, la DM/OEDE no contiene previsión alguna relativa a la necesidad de garantizar la cadena de custodia de los elementos probatorios aprehendidos con ocasión de la ejecución de la orden europea de detención. Por tanto, en la práctica pueden presentarse casos en los que la parte cuestione ante los tribunales del Estado de emisión que los objetos puestos a su disposición sean efectivamente los mismos objetos que fueron hallados con ocasión de la detención del reclamado.

En España, el régimen de obtención de prueba con ocasión de la ejecución de una OEDE viene regulado en la LRM, concretamente en su artículo 59, en términos sustancialmente coincidentes con la DM/OEDE. De su redacción es destacable, eso sí, una mayor precisión terminológica, pues alude a objetos que constituyan medios de prueba. Hubiera sido deseable, sin embargo, que se limitaran los casos en los que el Juez Central de Instrucción puede incautar estos objetos por propia iniciativa, en línea con la previsión del apartado g) del certificado y por las razones antes expuestas.

Desde la perspectiva activa, la posibilidad de que las autoridades españolas de emisión de la OEDE soliciten la incautación de objetos viene regulada en el artículo 42 LRM, que permite que se solicite también la adopción de las medidas de aseguramiento pertinentes. Es importante destacar, asimismo, que el citado artículo menciona la

posibilidad de que la descripción de los objetos solicitados se haga constar en el Sistema de Información Schengen (SIS).

La doctrina no ha prestado demasiada atención a esta previsión de entrega de elementos probatorios con ocasión de una OEDE⁵⁰⁷. La que sí lo ha hecho enfatiza la necesidad de que el juez español adopte medidas cautelares sobre los objetos, para evitar su destrucción u ocultación durante la tramitación de la orden de detención y entrega⁵⁰⁸, debiendo remitirse, dada la parquedad de la regulación de esta materia en la LRM, a las normas generales de la LECrim.

1.2 El embargo preventivo y aseguramiento de prueba

En el segundo de los instrumentos de reconocimiento mutuo promulgados, el de EPYAP, la incautación de elementos probatorios pasa a ser una finalidad principal de la norma. Supera por tanto el carácter accesorio característico de la obtención de prueba en la OEDE. No obstante, la regulación de la DM/EPYAP presenta limitaciones de considerable entidad:

- No permite la práctica de diligencias de investigación para localizar la prueba ni la realización de una concreta actividad probatoria, sino que sólo permite el aseguramiento de un elemento probatorio. Su finalidad es evitar la destrucción, transformación, desplazamiento o enajenación de un bien que pueda constituir un elemento de prueba.

De ahí que el legislador europeo optara por regularlo junto al embargo preventivo, porque comparten idéntico propósito, la conservación de un bien específico, en el embargo con el objetivo de garantizar un futuro decomiso y en el elemento probatorio para que surta efectos como prueba en un proceso penal seguido ante otro Estado miembro.

- Debe emitirse cuando el objeto es conocido y también lo es su paradero. Esto exige en muchos casos acudir previamente a una comisión rogatoria anterior, lo que sin duda resta mucha utilidad a este instrumento.
- No permite tampoco que, una vez asegurada la prueba, se traslade de manera inmediata al Estado emisor. Para pedir el traslado es necesario acudir también a una comisión rogatoria, en este caso, posterior a la ejecución de la resolución de EPYAP⁵⁰⁹.

Observamos cierta flexibilidad en la práctica en lo que se refiere a esta limitación. Recientemente ha sido admitida la petición de traslado que se incluyó en el certificado emitido por un juez de instrucción español al amparo de la DM/EPYAP. Se trataba de una instrucción seguida en España por delito de contrabando de obras

⁵⁰⁷ Tampoco la propia Comisión europea, que en el Manual europeo para la emisión de la OEDE omite referirse con detalle a la posibilidad de que se solicite la incautación de objetos por tener éstos eficacia probatoria, mencionando únicamente esta posibilidad en las instrucciones que se facilitan para rellenar el certificado obligatorio. Al respecto, documento COM 17195/1/10 de 17 de diciembre de 2010.

⁵⁰⁸ Cfr. ARANGÜENA FANEGO, C., “Las medidas cautelares en el procedimiento de la euro-orden” en *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega*, cit., pag. 194 y la misma autora en “Las medidas cautelares en la regulación de la orden europea de detención y entrega: especial consideración de la prisión provisional y sus alternativas y de la intervención de objetos y efectos del delito”, en *La orden europea de detención y entrega*, cit., pag. 424.

⁵⁰⁹ A esta procedimiento en dos etapas consustancial al instrumento de reconocimiento mutuo de embargo preventivo y aseguramiento de prueba se refiere el considerando 3 de la D/OEI que destaca que esta característica perjudica su eficacia, justificando así – considerando 5 – la necesidad de promulgación de la orden europea de investigación.

de arte. La obra en cuestión fue localizada en Francia motivo por el cual la autoridad judicial española acudió al instrumento de reconocimiento mutuo de EPYAP previsto en el Título VII LRM para el aseguramiento de la obra de modo que quedara incautada a expensas del resultado del procedimiento judicial español. En el mismo certificado se recogió, como petición complementaria en el apartado de observaciones, que se solicitaba el traslado a nuestro país al amparo del artículo 8 del CUE/2000 con la finalidad de que fuera el Estado español el que custodiase la obra de arte, de gran valor artístico y económico y merecedora, por tanto, de unos especiales cuidados. A ambas cosas accedió la autoridad francesa, acordando el aseguramiento en menos de 24 horas y el traslado a España en el plazo de dos días.

En este mismo instrumento, como su título anuncia, se regula no sólo el aseguramiento de la prueba, también el embargo de los productos, efectos o instrumentos del delito para su posterior decomiso. Y es precisamente este ámbito el que acapara la mayor parte de la DM/EPYAP y de la atención doctrinal, quedando relegado a un plano secundario el aseguramiento de la prueba. Las disposiciones relevantes en lo que a prueba se refiere pueden resumirse en los siguientes aspectos:

a) Define en su artículo 2 qué debemos entender por elemento de prueba, y lo hace en el sentido de incluir cualquier objeto, documento o dato que puedan tener carácter probatorio en un proceso penal en el cual pueda emitirse este instrumento. En el mismo sentido se expresa el artículo 143.3 LRM.

b) De especial importancia es la previsión contenida en el artículo 5.1 DM/EPYAP al exigir que la autoridad de ejecución observe las formalidades y los procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión cuando proceda a ejecutar la resolución de aseguramiento de pruebas reconocida. Esta exigencia viene limitada a los casos en que hacerlo sea necesario para garantizar la validez de las pruebas admitidas y siempre que esas formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución. En la LRM esta previsión ha sido objeto de trasposición tanto desde la perspectiva de la emisión como de la ejecución.

El artículo 147.2 LRM insta a especificar en el certificado las formalidades y procedimientos previstos en derecho español que resulten necesarios para garantizar la validez de los medios de prueba. Esta posibilidad de que la autoridad española de emisión especifique ciertas formalidades podría haber sido objeto de mayor precisión en la LRM, evitando así que esta materia – la concreción de qué procedimientos o formalidades inciden en la validez de la prueba - quede al libre criterio de la autoridad emisora. Podría haberse especificado, por ejemplo, la necesidad de solicitar que la autoridad de ejecución levante acta o documento por otro medio fehaciente las circunstancias de incautación del elemento probatorio (lugar, día, elementos o personas concurrentes a la diligencia de incautación). Podría haber exigido el legislador español que la autoridad emisora detallara en el certificado ciertos requisitos que deben cumplirse en el proceso de conservación y traslado del elemento probatorio, garantizando así el debido mantenimiento de la cadena de custodia desde la autoridad de ejecución hasta la española de emisión. El legislador español, sin embargo, en sede de EPYAP ha optado por arbitrar esta posibilidad de solicitar trámites y formalidades pero sin mayor especificación, lo que en la práctica dará lugar a un amplio elenco de elecciones diferentes por las autoridades españolas de emisión⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Esta ausencia de concreción de los trámites y formalidades exigibles por las autoridades españolas de emisión del certificado de EPYAP se presentaba también en la Ley 18/2006, siendo esto especialmente llamativo porque esta norma reformó la normativa procesal penal española dando nueva redacción al

Por otra parte, el artículo 152.4 LRM exige a la autoridad competente para la ejecución en España del instrumento de reconocimiento mutuo de embargo preventivo y aseguramiento de prueba el respeto a las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión, siempre que los mismos no sean contrarios a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

c) En relación con el traslado del elemento probatorio incautado, al amparo del artículo 10.2 de la DM/EPYAP deberá remitirse una solicitud de transferencia para que la prueba asegurada sea transmitida al Estado emisor, solicitud que se regirá por las normas de la asistencia judicial en materia penal. Esta solicitud posterior no ha sido reflejada con claridad en la LRM, ni en sede de emisión ni de ejecución de este instrumento por nuestras autoridades, pero que sin duda regirá en nuestro país de conformidad con la interpretación conforme con la DM/EPYAP que debe respetarse en la aplicación del Título VII LRM por exigencia del artículo 4.3 LRM.

2. INSTRUMENTOS EXCLUSIVAMENTE DESTINADOS A LA OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL. EL COMPLICADO ITER LEGISLATIVO DEL EXHORTO EUROPEO DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

La UE, tras legislar en materia de prueba primero de manera accesorio (en la OEDE) y posteriormente de manera conjunta con el aseguramiento que persiga la finalidad de un posterior decomiso (en el EPYAP) opta finalmente por legislar específicamente en materia probatoria. Lo hizo, no sin dificultad, a través del EEP y de la OEI, cuyas arduas negociaciones hasta lograr su definitiva promulgación evidencian la complejidad consustancial a legislar en materia de prueba transfronteriza en el espacio europeo.

2.1 Denominación de los instrumentos

En relación con el exhorto europeo de obtención de prueba y desde un punto de vista estrictamente terminológico, la traducción que se ha realizado a nuestro idioma de lo que en inglés se llamó “*europaan evidence warrant*” no parece muy acertada. Observamos al respecto que el término *warrant* se tradujo como “orden” en la detención y entrega (en inglés “*europaan arrest warrant*”) sin que haya motivo lógico alguno para que, con ocasión de la obtención de prueba, haya sido traducido como “exhorto”. Y el matiz es importante porque este último término tiene connotaciones de solicitud, de ruego⁵¹¹, idea ésta muy alejada de lo que constituye la esencia de los instrumentos de reconocimiento mutuo, que se apartan del concepto de solicitud de asistencia que regía la cooperación convencional para dar lugar a un requerimiento de una autoridad a otra, de modo que, solo por motivos concretos y tasados, el requerimiento puede desatenderse.

artículo 338 LECrim, que exige que los instrumentos, armas o efectos se recojan de forma que se garantice su integridad. En este sentido, entendemos que al menos este requisito podría haberse mencionado con ocasión de la emisión del instrumento de reconocimiento mutuo para el aseguramiento de prueba en otro Estado miembro de la UE.

⁵¹¹ Exhorto viene traducido al inglés como “letter of request” mientras que la traducción de “warrant” en lo que se refiere a resoluciones judiciales sería equivalente a orden, mandamiento judicial, mandato; al respecto, cfr. ALCALÁ VARÓ/HUGHES, *Diccionario de términos jurídicos. A Dictionary of Legal Terms*, Barcelona, 2008, pág. 809 y 579.

Exhorto europeo de prueba es también una terminología inadecuada en lo que se refiere al término “prueba”⁵¹². Expliquemos el motivo: el artículo 4 de la DM/EEP, bajo la rúbrica de ámbito, especifica que el EEP puede emitirse (bajo las condiciones y para los procedimientos que allí se prevén) para recabar en el Estado de ejecución objetos, documentos o datos específicos. Se centra no en la actividad a desarrollar, sino en el objeto, documento o dato concreto, existente y conocido que resulta necesario incorporar al procedimiento seguido ante el Estado de emisión⁵¹³. Se circunscribe, por tanto, a *fuentes probatorias*, a aquello que ya existe en la realidad con carácter anterior al proceso e independientemente de él⁵¹⁴. Por objeto, documento o dato se refiere tanto el objeto del delito (la cosa contra la que iba dirigido el hecho punible), las piezas de ejecución (los medios o instrumentos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito) como a las piezas de convicción (aquellos otros que no siendo ni uno ni otro pueden servir para comprobar la existencia, autoría o circunstancias del hecho criminal)⁵¹⁵. En consecuencia, lo que pretende el exhorto es la aprehensión en el Estado de ejecución y transferencia al Estado de emisión de lo que puede constituir una fuente de investigación para posteriormente convertirse en una fuente de prueba (es decir, en un objeto, documento o dato que pueden proporcionar conocimientos para apreciar o acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, pudiendo llegar a constituir el material de referencia para la decisión del juez⁵¹⁶).

Pero es más, lo característico del EEP en relación con otros instrumentos de reconocimiento mutuo que le precedieron en el tiempo, concretamente el de EPYAP, es que el exhorto no sólo posibilita la obtención de fuentes de prueba, sino que permite también su traslado automático al Estado de emisión. Por ello, al igual que en la denominación de orden europea de detención y entrega se recogían ambas actividades, de aprehensión y traslado en ese caso del sujeto reclamado, en el exhorto debería haberse hecho mención a la entrega a la autoridad de emisión del objeto, documento o dato recabado.

En consecuencia, aunando todas estas observaciones, entendemos que hubiera sido preferible que se hubiera utilizado una denominación más rigurosa, por ejemplo, “orden de obtención y entrega de fuentes probatorias”, que habría arrojado más luz sobre el auténtico significado y utilidad de este instrumento de reconocimiento mutuo.

Sin perjuicio de estas objeciones parece razonable que el legislador español, al trasponer a nuestro ordenamiento jurídico interno el EEP en el Título X LRM, haya optado por mantener la misma terminología europea, aunque seguro que generará cierta confusión en el operador jurídico nacional que por primera vez se acerque a este instrumento.

No ha mantenido la misma denominación en otros instrumentos de reconocimiento mutuo, pues el regulado en la DM/MMAA, relativo en terminología europea a “resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional” ha pasado a denominarse “de medidas alternativas a la prisión

⁵¹² Sobre lo inadecuado del término “exhorto” de obtención de “prueba” cfr. GONZÁLEZ CANO, M.I., “La propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal”, en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006.

⁵¹³ En el mismo sentido, cfr. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Exhorto europeo de medios de prueba”, *Diario La Ley*, 2007, número 6684.

⁵¹⁴ Sobre la distinción, clásica ya en la doctrina procesalista, entre fuentes y medios de prueba véase MONTERO AROCA, J.M., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1998, pág.71.

⁵¹⁵ Cfr. MORENO CATENA, V, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2005, pág. 223.

⁵¹⁶ Cfr. MORENO CATENA, V, *Derecho Procesal*.,cit.,pág.373.

provisional” en el Título V LRM. Este cambio terminológico genera disfunciones en la práctica, pues por ejemplo la denominación del certificado obligatorio no puede alterarse (al ser éste común para todos los Estados miembros) generando dificultades prácticas a los operadores jurídicos que, a primera vista, no identifican el citado certificado con el título de la LRM dedicado a ese instrumento de reconocimiento mutuo. También es cierto que mantener la misma terminología, como en el caso de la DM/LV tiene otros inconvenientes, porque en España por libertad vigilada es difícil que se identifique al tipo de resoluciones a las que se refiere la decisión marco implementada.

En lo que concierne a la terminología usada en la D/OEI entendemos que ninguna objeción debe hacerse. La orden europea de investigación incluye ya el concepto de requerimiento entre autoridades mediante la utilización del término “orden”, absolutamente ajeno a los mecanismos de asistencia convencional a través de comisiones rogatorias. Aunque no siempre fue así, pues en la propuesta de directiva -y durante gran parte de la negociación- el instrumento se denominó “exhorto europeo de investigación” lo que no resultó exento de críticas⁵¹⁷. La mención a la “investigación” da clara idea de su finalidad, que no es otra que llevar a cabo medidas de investigación con vistas a la obtención de prueba (artículo 1 D/OEI)⁵¹⁸. Es, por tanto, una terminología que resulta suficientemente descriptiva y que previsiblemente será la que incorporará también el legislador español cuando trasponga este instrumento a nuestro ordenamiento jurídico interno.

2.2 El proceso de producción normativa del exhorto europeo de prueba y de la orden europea de investigación

2.2.1 La promulgación del exhorto europeo de obtención de prueba

En páginas anteriores hemos mencionado que, vigente el Tratado de Amsterdam, el instrumento normativo elegido por la UE para la acción común en cooperación judicial penal fue la decisión marco, cuyo proceso de elaboración normativa también fue abordado *supra*. Recordemos a este respecto que la iniciativa para la adopción de las decisiones marco podía proceder de la Comisión o de cualquier Estado miembro⁵¹⁹. En el caso concreto del EEP la iniciativa fue de la Comisión⁵²⁰ que la presentó el 14 de noviembre de 2003. El procedimiento para su aprobación exigía que el Consejo la adoptase por unanimidad⁵²¹, previa consulta al Parlamento⁵²².

Con carácter general en el seno del Consejo se constituyen grupos de trabajo, que pueden ser permanentes o *ad hoc* y cuyo cometido es el estudio y revisión técnica de las propuestas sometidas por la Comisión. Su composición es tripartita: representantes de las administraciones nacionales de los Estados miembros, de la Comisión y del Consejo⁵²³. Para llevar a cabo la labor preparatoria de la DM/EEP se constituyó un

⁵¹⁷ Específicamente, cfr. AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, nº 2145, 2012.

⁵¹⁸ Es cierto que la D/OEI no regula sólo diligencias de investigación sino también medidas cautelares, artículo 32, pero entendemos que lo hace de manera accesoria a la propia investigación, que reviste el carácter de objetivo principal del instrumento.

⁵¹⁹ Artículo 34.2 TUE.

⁵²⁰ Documento COM (2003) 688 final, de 14 de noviembre de 2003.

⁵²¹ Artículo 34.2 TUE.

⁵²² Artículo 39 TUE.

⁵²³ Cfr. ANDRÉS SAEZ DE SANTA MARÍA, P./ GONZÁLEZ VEGA, J.A./ FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999, 2ª edición, pág. 172-176.

grupo de trabajo cuyas sesiones vienen profusamente documentadas, siendo el resumen de sus reuniones un instrumento muy útil para conocer la evolución de las discusiones y las distintas tendencias enfrentadas en los aspectos más polémicos del EEP. Fundamental para comprender el largo proceso de elaboración de esta DM/EEP es el papel desempeñado por el Comité de Representantes Permanentes, COREPER, órgano auxiliar del Consejo de indudable importancia práctica, pues en sus reuniones se logran consensos de carácter político que son decisivos para la adopción de las decisiones marco. A todo ello hay que añadir el órgano auxiliar específico del tercer pilar, el llamado Comité de Coordinación⁵²⁴, que, compuesto por altos funcionarios de las administraciones nacionales, realiza una muy importante labor asesora.

En cuanto al trámite parlamentario, el Parlamento intervino en dos momentos: en una primera ocasión para abordar la propuesta de la Comisión y en una segunda última para pronunciarse sobre el texto consensuado en el Consejo. En el primer trámite es muy destacable la opinión vertida por el Comité de Asuntos Legales y de Mercado Interior del Parlamento⁵²⁵ sobre la elaboración normativa de las decisiones marco. En la misma se señala que la propuesta de la Comisión es prematura, pues afecta de manera decisiva a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos sin que el sistema de la UE provea de un efectivo sistema legal para su protección. Más aún cuando el Parlamento Europeo no tiene poderes legislativos en materia penal o procesal penal. Sostuvo que adoptar la propuesta de decisión marco contravendría abiertamente el principio fundamental de todo sistema democrático: cualquier restricción de libertades sólo puede ser impuesto por un acto legislativo aprobado por el Parlamento, que es el único órgano de representación democrática. Opinaba el Comité, por tanto, que la propuesta debía ser rechazada y que sólo podía adoptarse el EEP cuando el Tratado Constitucional Europeo hubiera entrado en vigor. De la segunda intervención, que dio lugar a la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 21 de octubre de 2008, se extraen importantes enmiendas que, de haber prosperado, entendemos hubiera mejorado la calidad final del exhorto, como tendremos ocasión de destacar en los siguientes capítulos. A título de ejemplo baste decir que sólo el Parlamento enfatizó la omisión de la participación de la defensa en la solicitud de emisión del exhorto. Sin embargo, ni ésta ni otras observaciones del Parlamento se incorporaron al texto definitivamente aprobado, evidenciando las deficiencias del sistema de producción normativa propio de las decisiones marco.

También de interés es la cuestión relativa a la base jurídica que permitía la adopción por el Consejo de este instrumento y si en su trámite normativo debía acudirse al procedimiento específico previsto para aquellas materias que afectaran al acervo Schengen.

La base legal para la propuesta se encontraba en el artículo 31 y 34, 2, b TEU. El primero de estos artículos detallaba qué materias incluiría la cooperación judicial en materia penal y específicamente señalaba que abarcaba la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros en relación con las causas y la ejecución de las resoluciones. El segundo de los artículos hacía referencia a las decisiones marco, que se utilizarán para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, de modo que obligarán a éstos en cuanto al resultado que deba

⁵²⁴ Artículo 36 TUE.

⁵²⁵ REPORT A5-0214/2004 de 22 de marzo.

conseguirse dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios, sin que en ningún caso tengan efecto directo. Los Estados miembros se mostraron conformes con que esta fuera la base jurídica para el exhorto, si bien hubo que superar las reticencias expresadas al respecto por Irlanda y Eslovaquia⁵²⁶.

Por otra parte, desde las primeras reuniones se debatió si la propuesta de la Comisión sobre el EEP incidía en el acervo Schengen y, en consecuencia, repercutiría en otros Estados no miembros como Noruega e Islandia. Y ello porque el Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo Schengen creaba un Comité Mixto al que debía informarse de la preparación en el Consejo de todo acto o medida que pueda incidir en el acervo Schengen, debiendo a su vez la Comisión recabar el asesoramiento informal de expertos de Islandia y de Noruega del mismo modo que solicita asesoramiento de expertos de los Estados miembros para la elaboración de sus propuestas⁵²⁷.

La Comisión entendía que era necesario acudir a este procedimiento con el Comité Mixto, considerando que suponía un desarrollo del artículo 51 del Convenio Schengen puesto que mejoraba la cooperación en cuanto a registro y embargo⁵²⁸. Otro argumento alegado por la Comisión es que el exhorto contenía disposiciones que se basaban en los artículos 3, 6 y 23 del CUE/2000, materias que el Consejo ha decidido representan un desarrollo del acervo Schengen⁵²⁹.

El Grupo de Cooperación en materia penal decidió elevar consulta sobre esta cuestión⁵³⁰, que fue tratada por el COREPER, pronunciándose éste en su reunión de 8 de septiembre de 2004 en el sentido de que no debía acudir al procedimiento del Comité Mixto, sin perjuicio de que se logaran acuerdos⁵³¹ con Noruega, Islandia y otros Estados que pudieran estar asociados a Schengen una vez que se hayan realizado progresos en la elaboración normativa del exhorto⁵³².

La DM/EEP fue finalmente aprobada el 18 de diciembre de 2008, más de cinco años después de que la Comisión presentara la propuesta. Este dato evidencia que el proceso fue complejo.

⁵²⁶ Documento 14835/04 de 18 de noviembre.

⁵²⁷ Artículo 3, 5 y 6 del Acuerdo (DO L 176 de 10 de julio de 1999). Véase también la Decisión del Consejo de 17 de mayo de 1999 relativa a determinadas normas de desarrollo del acervo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del Acuerdo de Schengen (DO L 176 10 de julio de 1999). Una vez adoptado el acto, entrarán en vigor de forma simultánea para la Unión Europea y sus Estados miembros afectados y para Islandia y Noruega, salvo disposición expresa en contrario en dichos actos o medidas. En este sentido se tendrá debidamente en cuenta el plazo que Islandia o Noruega indiquen en el Comité Mixto como plazo necesario para que Islandia y Noruega puedan cumplir sus normas constitucionales (art. 8 del Acuerdo).

⁵²⁸ El artículo 51 del CAAS/1990 establecía un listado cerrado de condiciones a las que se podía subordinar concesión de comisiones rogatorias relativas a la realización de un registro o de un embargo.

⁵²⁹ Documento (2003) 688 final de 14 de noviembre de 2003.

⁵³⁰ Documento 10734/04 de 25 de junio de 2004.

⁵³¹ Los acuerdos a los que se hacía referencia estaban previstos en el artículo 24 TUE, que contemplaba que el Consejo, por unanimidad, autorizase a la Presidencia, en su caso asistida por la Comisión, a entablar negociaciones con otros Estados para llevar a la práctica disposiciones de política exterior y de seguridad común, dado que el último inciso de este artículo y específicamente el artículo 38 TUE permitían asimismo este tipo de acuerdos en la cooperación policial y judicial en materia penal.

⁵³² Documento 13109/04 de 8 de octubre de 2004.

Significativo de que el resultado no se consideró fructífero es el hecho de que el 19 de noviembre de 2009 se presentó por la Comisión el Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad⁵³³ cuyo objetivo era consultar a los Estados miembros sobre si estaban a favor de la sustitución del régimen transfronterizo de obtención de prueba en la UE por un único instrumento basado en el principio de reconocimiento mutuo. En relación con la admisibilidad se preguntaba si había consenso sobre la adopción de normas comunes en materia de obtención de pruebas así como si se consideraba preferible la promulgación de normas generales o, por el contrario, de normas específicas adaptadas a los diferentes tipos de diligencias. Tras distintas aportaciones de Estados miembros y de otros actores consultados, como académicos y organizaciones de abogados defensores, el proceso fue suspendido por la presentación de la propuesta de directiva de orden europea de investigación.

2.2.2 La promulgación de la directiva reguladora de la orden europea de investigación

La D/OEI es una de las primeras normas que se han promulgado en materia procesal penal desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, motivo por el cual reviste la forma jurídica de directiva⁵³⁴.

La base jurídica de la D/OEI se encuentra en el artículo 82.1.a) TFUE cuando declara que la cooperación judicial se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales⁵³⁵. Este es el precepto invocado en la D/OEI expresamente, pero en los documentos explicativos de la iniciativa se menciona también el artículo 82.1 d) TFUE -relativo a que el Parlamento europeo y el Consejo adoptarán, mediante el procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones- y el artículo 67.1 y 3 del TFUE que respectivamente declaran que la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros y que la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha contra ellos mediante medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales⁵³⁶.

⁵³³ Documento COM (2009) 626 final de 11 de noviembre de 2009

⁵³⁴ Pero no fue la primera, toda vez que se aprobaron con anterioridad las relativas a las garantías procesales que hemos mencionado en el capítulo anterior y, entre los instrumentos de reconocimiento mutuo, la D/OEP.

⁵³⁵ La base jurídica ha sido discutida por amplios sectores doctrinales, considerando que la inclusión en la D/OEI de medidas de investigación como las entregas vigiladas encajarían en la cooperación policial, en cuyo caso la Unión puede legislar pero debe hacerlo con base en el art. 87 TFUE y por unanimidad, art. 89 TFUE. Al respecto, cfr. PEERS, S. “Statewatch Analysis – The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty”, <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>, 2010.

⁵³⁶ Documento 9288/10 ADD 2 relativo a la ficha pormenorizada de la iniciativa sobre la orden europea de investigación.

Al igual que sucediera con la DM/EEP se discutió con la D/OEI si suponía un desarrollo del acervo Schengen, concluyéndose que no⁵³⁷.

Para analizar la tramitación legislativa de la D/OEI conviene recordar las líneas generales del proceso de codecisión necesario para la aprobación de cualquier directiva, hecho lo cual entraremos en describir cómo fue este proceso en el caso concreto de la D/OEI.

Tras la propuesta (que puede ser de la Comisión o de los Estados miembros para el específico ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, como en el caso que nos ocupa) el Parlamento europeo deberá aprobar su posición y transmitirla al Consejo.

Si el Consejo la aprobara, el acto quedaría adoptado (en primera lectura). De no aprobarla, el Consejo someterá su posición al Parlamento. Con ello comienza la segunda lectura. El Parlamento dispone de un plazo de tres meses para pronunciarse a partir de la transmisión del Consejo. En este plazo de tres meses, el Parlamento podrá adoptar alguna de las siguientes resoluciones por mayoría de los miembros que componen la cámara:

- Aprobar la posición del Consejo o no tomar decisión alguna: ambos supuestos supondrán la adopción del acto;
- Rechazar la posición del Consejo en primera lectura, el acto no será adoptado;
- Proponer enmiendas, transmitiéndose entonces al Consejo. Este dispone a su vez de un plazo de tres meses para aprobar por mayoría cualificada todas las enmiendas (la directiva será adoptada) o no aprobarlas, convocándose entonces al Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación está compuesto por los miembros del Consejo y un número igual de miembros del Parlamento europeo y dispondrá de un plazo de seis semanas para aprobar un texto conjunto basado en las posiciones del Parlamento europeo y del Consejo en segunda lectura. De no alcanzarse los acuerdos para lograr aprobar el texto conjunto la directiva no será adoptada. De aprobarse el texto conjunto, se someterá a una tercera lectura.

En la tercera lectura, el Parlamento por mayoría de los votos emitidos y el Consejo por mayoría cualificada, deberán aprobar el texto conjunto del Comité de Conciliación en el plazo de seis semanas. Caso contrario, no se adoptará la directiva⁵³⁸.

La tramitación de la D/OEI ha sido larga en el tiempo (2010-2014), aunque comparativamente con el EEP puede concluirse que la negociación, más breve que la del exhorto (2003-2008), bien mereció el resultado finalmente obtenido.

La iniciativa procedió de siete Estados miembros: Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Estonia, Austria, Eslovenia, Suecia y España. Se presentó el 29 de abril de 2010⁵³⁹ debiendo llamarse la atención sobre la circunstancia de que, por aquel entonces,

⁵³⁷ Lo contrario habría tenido consecuencias importantes, como apuntó Peers. Se hubiera aplicado un procedimiento diferente para permanecer al margen de este nuevo instrumento. El Consejo podría haberse visto obligado a derogar aspectos del acervo Schengen para Irlanda porque prima facie este Estado tenía obligación de participar en el acervo. Es más, hasta cierta medida la D/OEI podría entonces haberse aplicado a Dinamarca y a Estados no miembros pero asociados a Schengen, como Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein, PEERS, S “Statewatch Analysis – Update The Proposed European Investigation Order”, <http://www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf>, 2010

⁵³⁸ Art. 294 TFUE.

⁵³⁹ Documento 9145/2010 de 29 de abril de 2010, publicada en el DOUE C 165 de 24 de junio de 2010.

todavía no había expirado el plazo para la implementación en los Estados miembros de la DM/EEP, que tenía como fecha límite el 19 de enero de 2011⁵⁴⁰ (art. 23.1 DM/EEP). Esto es suficientemente significativo de las escasas expectativas que los Estados miembros residenciaban en el exhorto, pues sin ni siquiera esperar a su vigencia se propuso ya un instrumento de reconocimiento mutuo en materia de prueba – la orden europea de investigación – para su derogación.

El informe explicativo de la propuesta de directiva⁵⁴¹ enfatizaba que un régimen de obtención de prueba como el vigente en ese momento, por su fragmentación, dificultaba notablemente la labor de las autoridades judiciales en lo que a la obtención de prueba se refiere. Era necesario un nuevo planteamiento, que se materializaba en la propuesta de directiva de la orden europea de investigación y que pretendía, según el informe explicativo, combinar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo con la flexibilidad del sistema de asistencia convencional.

Estos mismos razonamientos, explicados con detalle, los encontramos en la declaración que acompañó a la propuesta de directiva y que hacía referencia al principio de subsidiariedad y proporcionalidad, informe obligatorio al amparo del artículo 5 del Protocolo sobre la aplicación de estos principios⁵⁴². De este modo, comienza el informe constando la fragmentación y complejidad del sistema vigente hasta el momento para la obtención de prueba, que obligaba a combinar instrumentos de asistencia convencional con instrumentos de reconocimiento mutuo. En los instrumentos que, incidiendo en materia probatoria, aplican este principio, se observa un ámbito muy limitado, lo que complica, más que simplifica, el régimen de obtención de prueba. Se destaca en que en el EEP se amplían las causas de denegación del reconocimiento, con causas como la territorialidad, que si bien podía ser predicable de la extradición no lo era tradicionalmente en el sistema convencional de la obtención de prueba. Se persigue superar este panorama persiguiendo los siguientes objetivos: agilizar el procedimiento para la obtención de prueba, asegurar su admisibilidad, simplificar el proceso para su obtención manteniendo un alto nivel de protección de los derechos fundamentales (especialmente, de garantías procesales) reducir el impacto financiero de los costes, incrementar la confianza mutua y la cooperación entre Estados miembros, preservando simultáneamente las especificidades de los sistemas nacionales y su cultura jurídica.

Para lograr estos objetivos se recogen una serie de opciones políticas y se valoran tomando en consideración su impacto económico y social, así como en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Una primera opción sería que la UE no actuara, pero ello no solucionaría el problema, no simplificaría el proceso. La fragmentación del sistema se fortalecería con la entrada en vigor del EEP, que previsiblemente, no se aplicaría por los prácticos, que seguirían acudiendo a los mecanismos convencionales.

La segunda opción sería adoptar medidas no legislativas, pero ello mantendría la deficitaria situación normativa existente hasta el momento.

⁵⁴⁰ De hecho, en marzo de 2011 se presentó una pregunta escrita al Consejo por parte de dos parlamentarios europeos, Axel Voss y Ernst Strasser, en la que se cuestionaba si no debía esperarse a las conclusiones del Libro Verde sobre obtención de prueba penal para poner en marcha otro instrumento de reconocimiento mutuo y, junto a ello, se preguntaba expresamente cuántos Estados miembros habían implementado hasta ese momento la DM/EEP. La respuesta a esa última cuestión escrita es que en aquel momento sólo lo había hecho un Estado miembro. Documento 7736/11 de 14 de marzo de 2011, pregunta escrita E-001184/2011.

⁵⁴¹ Documento 9288/10 de 3 de junio de 2010.

⁵⁴² Documento 9288/10 ADD2 de 23 de junio de 2010.

La tercera opción pasaría por derogar la DM/EEP y restablecer el régimen convencional para toda la obtención de prueba. Ello supondría una simplificación del procedimiento en comparación con la perspectiva de que entrara en vigor el exhorto, pero sería contrario al Programa de Estocolmo y al propio Tratado de Lisboa.

La cuarta opción consistiría en acudir a una nueva legislación basada en el principio de reconocimiento mutuo, bien mejorando el EEP o bien configurando un instrumento nuevo de investigación. La mejora del exhorto no se considera una opción válida, dada la complejidad de alguna de sus previsiones y que en cierta medida supone un retroceso en relación con los instrumentos convencionales. La promulgación de la OEI se concibe como la solución ideal, al dotar a los prácticos de un solo instrumento, menos gravoso por la drástica limitación de los motivos de denegación y más ágil, al tener plazos máximos. Un nuevo instrumento tiene además la ventaja de permitir una auténtica negociación entre los Estados miembros, sin tener que pasar por las excepciones y acuerdos que hubo que alcanzar para lograr la aprobación del exhorto (aunque ya auguraba que también para la aprobación de la directiva se necesitaría hacer concesiones a los Estados miembros reticentes a implantar el reconocimiento mutuo en este ámbito). Por tanto, el informe detallado se decanta por un nuevo instrumento, la OEI, que recoja dentro de su ámbito de aplicación todas las medidas tendentes a obtener prueba en otro Estado miembro. Ahora bien, en relación con las ventajas de esta última opción, resulta digno de mención que el informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento europeo propuso introducir una enmienda al considerando segundo de la directiva, donde se hiciera constar que, sin poner en duda los efectos positivos del principio de reconocimiento mutuo y la función central que el mismo desempeña, enfatizase que el mismo se aplica a ámbitos legales no armonizados y con diferentes tradiciones y sistemas de procedimiento penal, y que por tanto puede dar lugar a anomalías jurídicas en detrimento de los derechos de los sospechosos, como demostraba la experiencia adquirida con la OEDE.

Presentada la iniciativa bajo la presidencia española de la UE y tras un gran número de reuniones de sus órganos preparatorios, el Consejo, bajo las sucesivas Presidencias belga, húngara y polaca alcanzó un consenso general sobre el texto de la directiva en su reunión del día 14 de diciembre de 2011. A partir de entonces, las negociaciones con el Parlamento europeo y con la Comisión se sucedieron durante las Presidencias danesa, chipriota, irlandesa y lituana, manteniendo contactos informales entre las tres instituciones para llegar a un acuerdo en primera lectura y evitar así una segunda y un proceso de conciliación.

Estos contactos informales, denominados diálogos tripartitos, forman parte del paquete de medidas promovidas para alcanzar consensos en la Declaración común sobre las modalidades prácticas del procedimiento de codecisión⁵⁴³ y dieron claramente resultado en la negociación de la OEI⁵⁴⁴, como expondremos a continuación.

En este contexto se presentó por el Parlamento europeo una enmienda de transacción a la propuesta de directiva. La enmienda, que se presentaba en forma de texto consolidado, se había negociado durante los contactos informales mantenidos entre las instituciones por lo que de hecho la posición del Parlamento reflejaba ya el acuerdo alcanzado entre las instituciones. Se hizo en nombre de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y fue aprobada por el Pleno del Parlamento

⁵⁴³ DOUE C 145 de 30 de junio de 2007.

⁵⁴⁴ No sin ciertas paralizaciones, al respecto véase DÍAZ PITA, M^a P., “Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal [DOUE L 130, de 1-V-2014] *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 2, n. 2, 2015.

europeo en su votación de 27 de febrero de 2014, constituyendo su posición en primera lectura. El trámite normativo contempla entonces que el texto pase al Consejo para que en un plazo de tres meses se pronunciara sobre si aprobaba la enmienda por mayoría cualificada o no lo hacía. En la sesión 3303 del Consejo de la Unión Europea que tuvo lugar en Bruselas el 14 de marzo de 2014 aprobó la enmienda (bajo presidencia griega en aquel momento). Dos Estados miembros no participaban en el instrumento, Dinamarca e Irlanda, por lo que no votaron. Reino Unido se abstuvo, todos los demás Estados miembros votaron a favor. Consecuentemente, el resultado de la votación sobrepasó con creces la mayoría cualificada que se requería y la D/OEI quedó aprobada.

2.3 La vigencia y revisión de estos instrumentos y su relación con otros mecanismos de cooperación judicial penal para la obtención de prueba

La fecha límite para la trasposición de la DM/EEP se fijó en el 19 de enero de 2011, momento en el que los Estados miembros debían comunicar a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones que la incorporaran a su ordenamiento jurídico interno. En un primer momento sólo dos Estados implementaron la DM/EEP: Dinamarca⁵⁴⁵ - país con el que el exhorto permanecerá vigente a la vista de que este Estado miembro quedó al margen de la cooperación en materia penal al suscribirse el Tratado de Lisboa - y Finlandia⁵⁴⁶. En la actualidad, ha sido objeto de trasposición también por Croacia⁵⁴⁷, Países Bajos⁵⁴⁸, Eslovenia⁵⁴⁹ y España⁵⁵⁰ (Título X LRM), encontrándose en trámite parlamentario en Luxemburgo.

De extraordinaria importancia práctica es dilucidar cómo afecta la vigencia del EEP a los demás mecanismos de cooperación internacional en el ámbito penal. Debemos distinguir aquí entre los demás instrumentos de reconocimiento mutuo y los mecanismos de asistencia convencional:

a) Otros instrumentos de reconocimiento mutuo

La DM/EEP no menciona explícitamente cómo se relaciona el exhorto con el EPYAP a pesar de que es evidente que ambos instrumentos se solapan en lo que al aseguramiento del objeto, documento o dato se refiere.

La diferencia la encontramos en que el EEP permite no sólo el aseguramiento sino además el traslado, sin necesidad de ulterior petición, que sí es imprescindible – al menos en teoría – si el instrumento transmitido es el EPYAP. Hubiera sido muy conveniente que se explicitara esto en la propia decisión marco, porque redundaría en mayor claridad para el operador jurídico. Pero si nos parece incomprensible que no lo hiciera el legislador europeo -al tiempo de la aprobación de la DM/EEP estaba ya vigente la DM/EPYAP- más nos lo parece aún que nada diga la LRM, que traspone ambas simultáneamente a nuestro ordenamiento jurídico. La falta de interrelación entre unos y otros instrumentos es notoria, acentuando la fragmentación del principio de reconocimiento mutuo que venimos denunciando.

⁵⁴⁵ Documento 6429/11 de 14 de marzo de 2011.

⁵⁴⁶ Documento 17322/11 de 21 de noviembre de 2011.

⁵⁴⁷ Documento 12335/14 de 17 de septiembre de 2014.

⁵⁴⁸ Documento 10341/13 de 10 de junio de 2013.

⁵⁴⁹ Documento 5601/14 de 23 de enero de 2014.

⁵⁵⁰ Documento 8138/15 de 23 de abril de 2015.

En cualquier caso, lo que se desprende de la posibilidad de emitir un EEP *consecutivo* a un EPYAP (posibilidad ésta que si viene expresamente mencionada en el artículo 9.1 DM/EEP-190 párrafo segundo LRM) es que el contenido del EEP se limita en estos casos a la petición de transferencia puesto que el aseguramiento se habría logrado ya con el EPYAP⁵⁵¹.

b) Asistencia convencional

El artículo 21.3 DM/EEP consagra la coexistencia entre los mecanismos tradicionales de asistencia convencional en materia penal para la obtención de prueba y el EEP, permitiendo que las autoridades de emisión acudan a la asistencia convencional (incluso para obtener objetos, documentos o datos que estén incluidos en el ámbito de la DM/EEP) si la incautación forma parte de una solicitud más amplia de asistencia o si considera que, en el caso concreto de que se trate, la asistencia convencional facilitaría la cooperación con el Estado de ejecución.

Esta opción del legislador europeo es diferente a la elegida en relación con otros instrumentos de reconocimiento mutuo, que derogan expresamente entre estos Estados los mecanismos convencionales de asistencia (por ejemplo, así lo hace la DM/PPL o la DM/OEDE). La diferente opción en este caso parece obedecer al limitado ámbito del exhorto, como tendremos ocasión de analizar más adelante, pero no redundaría en absoluto en promover la utilización de este instrumento.

El artículo 21 DM/EEP no ha sido traspuesto en la LRM y por tanto la coexistencia entre el EEP y la asistencia convencional no es proclamada en ningún precepto del nuevo texto legal. Como consecuencia se crea una dificultad especial para el operador jurídico español que, salvo que acuda a la DM/EEP, desconocerá hasta qué punto es obligatorio acudir al exhorto con exclusión de comisiones rogatorias tradicionales.

El anteproyecto de LRM sí preveía la relación entre el EEP y los mecanismos convencionales, concretamente lo hacía en el artículo 207 cuya supresión no parece justificada. El informe del CGPJ sobre este anteproyecto incidía en la necesidad de explicar con mayor claridad no sólo la relación entre el EEP y los mecanismos convencionales, sino entre el propio EEP y los demás instrumentos de reconocimiento mutuo, específicamente el EPYAP⁵⁵², petición que sin embargo no fue acogida por el prelegislador.

La vía convencional subsiste también en otro aspecto. En aras a facilitar la cooperación, el artículo 21.4 de la DM/EEP faculta a los Estados miembros para que celebren acuerdos bilaterales o multilaterales incluso después de la entrada en vigor del EEP siempre que estos nuevos convenios amplíen o profundicen en los objetivos de este instrumento, simplificando o facilitando más aún los procedimientos de obtención de prueba comprendidos dentro del ámbito del exhorto. Al respecto se fija la obligación de comunicar al Consejo y a la Comisión la celebración de dichos convenios, debiendo hacerlo en el plazo de tres meses desde su firma.

La pervivencia de la asistencia convencional, cuya última razón de ser está en la propia insuficiencia del exhorto para, por sí mismo, abarcar todas las actividades necesarias

⁵⁵¹ Sobre la interrelación entre ambas decisiones marco cfr. DÍAZ PITA, M^a P., “La lucha contra los delitos transfronterizos y no transfronterizos en la Unión Europea: los instrumentos de investigación transfronteriza y el principio de reconocimiento mutuo” en *Revista General de Derecho Penal*, n^o 20, 2013.

⁵⁵² Informe del CGPJ al Anteproyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea de fecha 11 de abril de 2013, pág. 128-129.

durante la investigación penal, entendemos que es la causa fundamental de que el exhorto no haya tenido apenas acogida entre los Estados miembros, que han tardado tanto en trasponer a sus ordenamientos jurídicos esta norma y aún a mediados del 2015 apenas algunos lo han hecho. Muestra significativa y anticipatoria de ello es el hecho de que, antes incluso de que transcurriera el plazo para su implementación, ya se presentó una propuesta para sustituirlo, en el convencimiento de que el carácter excesivamente fragmentario del exhorto iba a hacer del mismo un mecanismo inútil y poco utilizado.

Incluso una vez implementado el EEP comprobamos su poca utilización en la práctica. Desde el momento en que sea necesaria para el proceso penal una diligencia que no consista en la obtención de un objeto, documento o dato conocido, existente y disponible, la autoridad judicial acudirá previsiblemente a una comisión rogatoria tradicional donde recoger ésta y las demás diligencias de investigación que considere imprescindible practicar. Las autoridades nacionales preferirán los cauces clásicos de cooperación que, de una sola vez, abarquen todas las diligencias antes que fragmentar las diligencias en varios instrumentos, uno de reconocimiento mutuo y otro convencional. A esto se suman las reticencias propias hacia todos los mecanismos novedosos de cooperación internacional, bien por desconocimiento o bien por desconfianza. Precisamente el gran éxito de la OEDE se basó (además de en razones de otra índole, como la brevedad de los plazos o la judicialización del sistema frente al clásico de extradición) en que se suprimió el convenio de extradición vigente hasta el momento entre los Estados miembros, haciendo del instrumento de reconocimiento mutuo de detención el único de los mecanismos jurídicos vigentes para este fin.

Para acabar con el EEP, diremos que su revisión viene prevista en la decisión marco únicamente en relación con las causas de denegación de la ejecución, de modo que los Estados miembros deben informar anualmente al Consejo y a la Comisión de las dificultades que hubiesen encontrado durante el año anterior. Esto debía motivar un informe de la Comisión a más tardar antes del 19 de enero de 2014 al que podría acompañarse cualquier iniciativa que se considere apropiada en base a la información recibida de los Estados miembros. El Consejo, a la vista de este informe, determinaría si convenía derogar o modificar las causas de denegación y la peculiar situación de Alemania en relación con la verificación de la doble tipificación. A la vista de los acontecimientos posteriores es lógico que no se haya emitido el informe sobre la revisión del EEP y que pocos Estados miembros lo hayan implementado; desde que se presentó la iniciativa sobre la OEI se hizo patente en la Unión Europea que los esfuerzos deberían centrarse en este nuevo instrumento.

En relación con la vigencia de la orden europea de investigación, la D/OEI exige la incorporación al Derecho interno de los Estados miembros antes del 22 de mayo de 2017, con las siguientes salvedades:

- Dinamarca: el considerando 45 D/OEI alude al Protocolo 22 que hace que este Estado no participe de la directiva y no esté vinculado por la misma ni sujeto a su aplicación (no puede optar a participar en este instrumento -ni en el momento en el que fue adoptado ni en el futuro-).
- Irlanda: el considerando 44 D/OEI recuerda que Irlanda, de conformidad con el Protocolo 21, no participa,

- Reino Unido: sí implementará la OEI, considerando 43 D/OEI, por haberlo así notificado⁵⁵³.

Al tiempo de escribir estas líneas, mediados de 2015, ningún Estado miembro ha implementado en su ordenamiento jurídico la D/OEI. Previsiblemente en España se transpondrá como Título XI de la LRM, pues la propia estructura de la ley española permite ir añadiendo sucesivos títulos conforme se vayan incorporando a nuestra legislación los instrumentos de reconocimiento mutuo que se promulguen en la UE.

Expresamente se recoge esta idea en el apartado II del Preámbulo de la LRM, donde, en aras a evitar la dispersión normativa y para facilitar la aplicación de las normas por los operadores jurídicos, se da por amortizada la técnica normativa empleada hasta el momento para la incorporación de normas europeas, consistente en hacerlo a través de leyes individuales para cada decisión marco o directiva que deba ser traspuesta al ordenamiento jurídico español. Se destaca en el citado preámbulo que se articula la incorporación a través de un esquema “en el que tiene fácil cabida la incorporación de las futuras directivas que puedan ir adoptándose en esta materia” en lo que entendemos es una clara alusión a la D/OEI que se encontraba ya promulgada al tiempo de la tramitación parlamentaria de la LRM.

En otro orden de cosas, pero estrechamente vinculado a la vigencia de la D/OEI, debemos analizar la relación existente entre esta nueva orden y los demás instrumentos jurídicos que inciden en la prueba, cuestión que merece un cierto detenimiento, que entronca con valorar si se logró la finalidad expresamente proclamada al presentar la iniciativa de la D/OEI, es decir, la necesidad de superar con un nuevo instrumento jurídico el carácter fragmentario de la obtención de prueba en el espacio europeo.

Como adelantábamos, la presentación de la propuesta se justificó en la necesidad de recoger, en un instrumento único, omnicompreensivo, las diferentes medidas tendentes a obtener prueba para el proceso penal, abarcando todas las diligencias de investigación, dado que el sistema hasta entonces vigente era excesivamente fragmentario y complicado. En este sentido, se pretendía sustituir todos los instrumentos vigentes que incidieran en esa materia. Esto tiene su reflejo en los considerandos de la propia propuesta, que se han mantenido idénticos en el texto finalmente aprobado, donde tras proclamar la importancia del principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial penal, señalaban que la DM/EPYAP tenía que venir acompañada de una solicitud basada en la asistencia convencional para la transferencia del elemento probatorio, lo que daba lugar a un procedimiento en dos etapas que no resultaba eficaz⁵⁵⁴. Por otra parte, se exponía que la DM/EEP cubría un espectro limitado de la cooperación judicial penal, puesto que se circunscribía sólo a la prueba existente⁵⁵⁵. Concluía que el marco jurídico para la obtención de pruebas era, por tanto, fragmentado y complicado.

Sobre la necesidad de legislar de nuevo sobre esta materia es también muy ilustrativa la nota⁵⁵⁶ realizada por una serie de delegaciones (las correspondientes a los siete Estados que habían presentado la propuesta a las que se sumaron las delegaciones de Francia, Hungría, Italia y Polonia) en abril de 2012, por tanto en pleno proceso de negociación de la D/OEI, abordando preguntas frecuentes en relación con la OEI, la primera de las cuales daba respuesta a por qué este instrumento era necesario. Tras dar cuenta de las debilidades del sistema de

⁵⁵³ Documento 12661/10 de 27 de julio de 2010 y DOUE 1 de diciembre de 2014.

⁵⁵⁴ Considerando 3 D/OEI.

⁵⁵⁵ Considerando 4 D/OEI.

⁵⁵⁶ Documento 8182/12.

asistencia convencional (consideraban que generaba incertidumbre, tanto desde la perspectiva de la eficacia del procedimiento como en lo relativo al respeto a los derechos fundamentales, con una variable aplicación del requisito de doble tipificación de la conducta, sin plazos que garanticen la prestación de asistencia y careciendo de un sistema de recursos homogéneo a disposición del afectado) concluían que el EEP no mejoraba notablemente la situación. El carácter fragmentario del exhorto consideraban que hacía previsible que no fuera utilizado en la práctica. Por otra parte recordaban que el programa de Estocolmo instaba a reemplazar todos los instrumentos existentes en materia de obtención de prueba por uno omnicomprendivo que abarcara todo tipo de pruebas, que exigiera el reconocimiento en plazo de la resolución que ordenaba su obtención y que limitara los motivos para denegar su ejecución. En línea con este programa, para cumplir sus objetivos propugnaban la necesidad de promulgar la OEI.

Pero la necesidad de legislar en esta área a través de un instrumento de reconocimiento mutuo no gozaba de consenso general. Significativa es la opinión de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, que destaca en su dictamen que la iniciativa no está basada en un estudio de cómo se viene obteniendo la prueba en los Estados miembros, considerando necesario que exista este análisis comparativo antes de abordar una regulación en esta área. Se destacaba asimismo que la propuesta no venía acompañada de un estudio de impacto⁵⁵⁷. También un importante sector de la doctrina tildaba de prematura esta iniciativa y reprochaba que no se hubiera analizado el enorme impacto que tendría sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión⁵⁵⁸.

Contradictoriamente a lo pretendido, el panorama resultante tras la promulgación de la D/OEI no arroja un régimen unitario y de fácil comprensión, como parece que era la voluntad inicial del legislador europeo.

En primer lugar hay que tener presente que era necesario regular un régimen transitorio dado que con la D/OEI se lleva a cabo la sustitución de instrumentos jurídicos aplicables para la obtención de prueba. Estas disposiciones transitorias se contienen en el artículo 35 D/OEI, que establece que los instrumentos derogados regirán las resoluciones cuyo reconocimiento se pretenda que sean recibidas con anterioridad al 22 de mayo de 2017. A partir de esa fecha, para dilucidar en qué medida la D/OEI deroga o no los demás instrumentos de cooperación judicial penal europea hay distinguir entre que se trate de otros instrumentos de reconocimiento mutuo, de mecanismos convencionales tradicionales o de convenios que puedan suponer una mejora de la cooperación judicial europea respecto a lo que ofrece la OEI. La D/OEI dedica a esta cuestión el artículo 34 D/OEI, que analizaremos a continuación conforme a dicha distinción.

a) Relación con otros instrumentos de reconocimiento mutuo

En relación con los instrumentos de reconocimiento mutuo, la OEI sustituye al EEP y, parcialmente, al EPYAP (sólo en relación con el aseguramiento de prueba, permaneciendo vigente en lo que a embargo para ulterior decomiso se refiere; a pesar de que -como analizaremos en sede de la regulación específica de la D/OEI sobre medidas cautelares- de algún considerando de la directiva puede surgir alguna duda interpretativa sobre este particular).

⁵⁵⁷ Documento 7617/11 de 11 de marzo de 2011.

⁵⁵⁸ Por todos, cfr. SAYERS, D. "The European Investigation Order. Travelling without a roadmap", *Centre for European Policies Studies CEPS*, 2011.

Pero esta sustitución de instrumentos de reconocimiento mutuo anteriores a la OEI no es predicable de todos los Estados miembros, sino sólo de aquellos vinculados por la D/OEI que, recordemos, excluye a Dinamarca y a Irlanda.

- Como Dinamarca, de conformidad con el protocolo 22 del Tratado de Lisboa, no tenía posibilidad de participar en este nuevo instrumento de reconocimiento mutuo su intervención quedó excluida durante las negociaciones de la directiva.

-La situación era diferente, sin embargo, en el caso de Irlanda, dado que el protocolo 21 permitía a este Estado decidir si participaba o no en las nuevas medidas. La participación requería una notificación que manifestase su propósito y deseo de participar en la medida en cuestión (artículo 4 del protocolo 21) notificación que no se produjo en el caso de la OEI y, consecuentemente, Irlanda mantendrá en vigor el EEP, aunque se planteó la posibilidad de que éste quedara derogado también para Irlanda.

En este supuesto, en caso de que el Consejo, a propuesta de la Comisión, determinase que la no participación de Irlanda en la versión modificada – esto es, en la OEI- de una medida existente – el EEP- conllevaba la inviabilidad de dicha medida para otros Estados miembros o para la Unión, podría instar a Irlanda a que presentara la referida notificación para su participación en la nueva medida, empezando a correr un nuevo plazo de dos meses a partir de la fecha en que el Consejo haya tomado la determinación. Una vez concluido el plazo, si Irlanda no hubiera realizado notificación alguna, la medida existente dejará de ser vinculante y dejará de aplicárseles. A los efectos de la aplicación de esta previsión, el Consejo, previo amplio debate del asunto, debe pronunciarse por mayoría cualificada de sus miembros que representen a los Estados miembros que participan o han participado en la adopción de la medida de modificación.

Una vez aprobada la D/OEI las delegaciones alemana, austriaca, belga, búlgara, croata, eslovena, española, estonia, francesa, italiana, luxemburguesa, neerlandesa y sueca presentaron una declaración⁵⁵⁹ ante la Comisión y la Presidencia instándoles a que considerasen posibilidades que garantizaran la claridad jurídica en relación con la derogación del EEP para todos los Estados miembros. Se pretendía, en consecuencia, que se activara la previsión del protocolo 21 de modo que se instara a Irlanda a participar en la OEI y si no lo hacía, que se declarase no vinculante el EEP, de modo que éste quedase definitivamente derogado. Sin embargo, el Consejo y la Comisión no han activado este mecanismo, por lo que el EEP seguirá siendo aplicable en relación con Irlanda.

Sería aconsejable que la LRM, en sus disposiciones adicionales, aclare que la implementación de la OEI (previsible título XI LRM) deroga – salvo en lo que a Irlanda y Dinamarca concierne- íntegramente el EEP (título X) y parcialmente el EPYAP (título VII) a fin de facilitar la labor al operador jurídico nacional, que no tiene por qué ser un experto en la materia, ganando el texto con ello claridad y coherencia. Parece necesario también explicarlo en el Preámbulo, pues de otro modo no será fácilmente comprensible para nuestras autoridades la aplicación asimétrica (por países, por materias) de estos tres instrumentos concurrentes: la OEI, el EEP y el EPYAP.

b) Mecanismos convencionales de asistencia

En relación con los mecanismos convencionales de asistencia, la OEI sustituye, a partir del plazo límite para su trasposición – 22 de mayo de 2017 - y sólo para los Estados miembros vinculados por la D/OEI-por tanto no para Dinamarca o Irlanda- a las

⁵⁵⁹ Documento 7336/14 de 19 de marzo de 2014.

disposiciones correspondientes de los mecanismos convencionales que inciden en obtención de prueba, que cita expresamente:

- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959, así como sus dos protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su artículo 26;
- Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen;
- Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del año 2000 y su Protocolo del 2001.

Obsérvese que la derogación afecta sólo a las *disposiciones específicas* de estos convenios, no a éstos en su totalidad. Entendemos que la referencia a disposiciones específicas hace alusión a la regulación concurrente, aquellas materias que están reguladas en los convenios y también en la D/OEI. La dificultad estriba en discernir qué materias son éstas y por tanto qué disposiciones específicas de los convenios citados se ven afectadas.

Para salvar estos problemas interpretativos y dotar de seguridad jurídica a los preceptos concretos que quedaban derogados, algunos Estados miembros se mostraron partidarios de reflejarlos en un listado. También Eurojust puso de manifiesto la necesidad de precisar con claridad en el texto de la D/OEI qué concretos preceptos de otros instrumentos quedarían remplazados por la nueva directiva⁵⁶⁰. La Secretaría General del Consejo de la UE remitió un listado de artículos de diferentes instrumentos jurídicos que se verían afectados por la aprobación de la D/OEI⁵⁶¹. Esta lista se sometió a la consideración de las distintas delegaciones y se introdujeron modificaciones en virtud de sus observaciones⁵⁶². Su aprobación permitiría reforzar la seguridad jurídica y la claridad para los operadores jurídicos pero también se discutía la viabilidad de consensuar una lista completa de las disposiciones legales afectadas⁵⁶³. De hecho el Consejo, en su reunión de 14 de diciembre de 2011, logró una postura consensuada en relación con todo el texto de la D/OEI excepto en relación con este listado⁵⁶⁴ por lo que finalmente se concluyó que esta identificación en una enumeración de preceptos resultaba inviable y suponía un amplio margen de apreciación subjetiva que podría llevar a errores. Se sugirió entonces usar la misma técnica que en la OEDR, esto es, la citada referencia genérica –ya contenida en la propuesta inicial - a las “disposiciones correspondientes” de los convenios y así fue como el texto se promulgó⁵⁶⁵.

En nuestra opinión, dejar al operador jurídico nacional la determinación de cuándo debe entenderse sustituida o no una determinada disposición convencional por el articulado de la D/OEI genera una seria incertidumbre que, previsiblemente, dará lugar a problemas prácticos en su interpretación y aplicación por nuestros tribunales. Pero tampoco es probable, creemos, que el legislador español aborde esta labor de detallar los preceptos convencionales que para el operador jurídico nacional quedarían derogados con la D/OEI. De hecho consideramos que al no haberlo hecho el legislador europeo no es recomendable que la lista la realice el legislador español, pues podría crear problemas en la práctica cuando la autoridad de otro Estado miembro utilice

⁵⁶⁰ Documento 6814/11 de 4 de marzo 2011.

⁵⁶¹ Documento 14445/11 de 21 de septiembre de 2011.

⁵⁶² El anexo del documento 9445/12 de 29 de mayo de 2012 recoge el listado modificado.

⁵⁶³ Documento 17392/11 de 22 de noviembre de 2011.

⁵⁶⁴ Documento 15196/13 de 23 de octubre 2013.

⁵⁶⁵ Documento 16674/13 de 29 de noviembre de 2013.

comisiones rogatorias incluso en materias que el legislador español podrían haber entendido derogadas por la D/OEI. Lo que entendemos sí debiera especificarse en la LRM es esta previsión derogatoria, aún genérica, en relación con los mecanismos convencionales de asistencia y sólo en relación con los Estados que tengan vigente la D/OEI, mejorando así la técnica legislativa utilizada en el EEP, donde recordemos que la relación entre los diferentes mecanismos legales no viene regulada en la LRM⁵⁶⁶.

Finalmente, de conformidad con el artículo 34.3 y 4 D/OEI subsiste la posibilidad de que se apliquen convenios bilaterales o multilaterales que permitan cumplir mejor los objetivos de la directiva, simplificando o facilitando los procedimientos de obtención de prueba con el mismo umbral de garantías. Se establece, eso sí, un deber de notificación expresa a la Comisión sobre este particular.

Un último apunte sobre la vigencia de la DOEI nos lleva a comentar que su revisión se articula (ex artículo 37 D/OEI) habilitando a la Comisión para que presente propuestas de modificación de la directiva junto con el informe que debe presentar al Consejo y al Parlamento a más tardar el 21 de mayo de 2019. En el informe deberá analizarse la aplicación de la directiva en términos cuantitativos y cualitativos, con mención expresa a la repercusión de la norma en la cooperación en materia penal y en la protección de las personas y con especial atención a las disposiciones sobre intervenciones de telecomunicaciones. Hasta el momento estos mecanismos de revisión no se han activado en relación con los demás instrumentos de reconocimiento mutuo y la fecha prevista para hacerlo con la OEI, 2019, puede resultar prematura, especialmente si su implementación en los distintos Estados miembros sufre el mismo retraso que viene siendo habitual en relación con los otros instrumentos de reconocimiento mutuo⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ La LRM no lo hace en la implementación del EEP, pero tampoco especifica la relación entre los demás instrumentos de reconocimiento mutuo y los mecanismos convencionales que podrían concurrir con idéntico objetivo, lo que genera importante confusión en los prácticos. Significativo es el caso de PPL, dónde sólo acudiendo a la DM/PPL puede esclarecerse su prioridad en relación con el convenio análogo del Consejo de Europa.

⁵⁶⁷ No creemos que retrasos tan significativos sigan produciéndose. La OEI es comúnmente considerada en la UE como la solución para muchos de los problemas que genera la obtención transfronteriza de prueba en el espacio europeo, por lo que puede ser previsible que su implementación por los Estados miembros se haga en plazo. Plasmando este sentir general, y de manera muy gráfica, BACHMAIER, al valorar la legislación española sobre el EEP, concluye que lo mejor que puede ocurrir al exhorto es que su vida sea efímera para dar paso cuanto antes a la OEI, cfr. BACHMAIER WINTER, L., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015.

CAPÍTULO VII

DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA

1. DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA-1.1 *Definición y ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba*-1.2 *Exclusiones del ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba*-1.2.1 Exclusiones basadas en la inexistencia del objeto, documento o dato-1.2.2 Exclusiones basadas en la indisponibilidad del objeto, documento o dato-1.2.3 Antecedentes penales -1.3 *La incidencia del carácter limitado del ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba en la vigencia de otros instrumentos de cooperación judicial penal*-1.4 *Contenido del exhorto europeo de obtención de prueba*-1.4.1 Medidas coercitivas-1.4.2 Formalidades y procedimientos-1.4.3 Participación de la autoridad de emisión -1.4.4 Disposiciones en materia de protección de datos y costes-2. DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN-2.1 *Definición y ámbito de la orden europea de investigación*-2.2. *Regulación específica de algunas medidas de investigación*-2.2.1 Traslado temporal-2.2.2 Comparecencia por medios técnicos-2.2.3 Información bancaria y financiera-2.2.4 Medidas de aseguramiento de pruebas-2.2.5 Investigación en tiempo real e investigaciones encubiertas-2.2.6 Intervención de comunicaciones-2.3 *Contenido de la orden europea de investigación*-2.3.1 Régimen de las medidas incluidas en la OEI-2.3.2 Formalidades y procedimientos-2.3.3 Participación de la autoridad de emisión -2.3.4 Costes -2.3.5 Protección de datos personales en la D/OEI

CAPÍTULO VII

DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA

1. DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA

1.1 Definición y ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba

Ya hemos tenido ocasión de comentar anteriormente que el legislador europeo, en instrumentos jurídicos aparentemente ajenos a la materia probatoria como el promulgado para la detención o para el embargo, hizo unas primeras incursiones en la obtención de prueba transfronteriza, al menos a efectos meramente aseguratorios. Por sus propias características, estas regulaciones fueron tangenciales, accesorias o incompletas. Nos interesa ahora destacar que con el primer instrumento jurídico específicamente destinado a la obtención de prueba, el exhorto europeo, el legislador tampoco reguló esta materia de manera omnicompreensiva.

El EEP viene definido como aquella resolución judicial emitida por la autoridad competente de un Estado miembro con objeto de *recabar objetos, documentos y datos* de otro Estado miembro para determinados procedimientos (artículo 1.1 DM/EEP y artículo 186 LRM)⁵⁶⁸. De la propia definición facilitada por la normativa europea se desprende, por tanto, que el EEP se limita a objetos, documentos y datos.

El acercamiento gradual a esta área fue la opción escogida por la Comisión al presentar su propuesta de EEP, asumiendo las disfunciones que ello conlleva al obligar a los operadores jurídicos a hacer uso de distintos instrumentos (algunos de reconocimiento mutuo y otros de asistencia legal convencional) para recabar toda la prueba necesaria para el proceso penal. Aun así, la Comisión consideró que sólo mediante la regulación paulatina de la obtención de prueba, previa consolidación de las distintas etapas que se abordasen a través de distintos instrumentos, se estaría en condiciones de regular en un único instrumento toda esta compleja cuestión, objetivo éste que se considera inalcanzable al tiempo de formular la propuesta del EEP. Así se refleja en su informe explicativo, donde la Comisión destaca que el exhorto era un primer paso – y sólo eso- hacia un único instrumento, limitando su alcance a los objetos, documentos o datos ya existentes en el momento de la emisión y directamente disponibles⁵⁶⁹.

Pero es más, el EEP no abarca cualquier objeto, documento o dato. Sólo aquellos que estén *disponibles*, resulten *necesarios* y estén suficientemente *especificados*. Veamos estas características por separado, aunque antes procede que nos detengamos en cómo se aborda el ámbito del EEP en los considerandos de la decisión marco, que se prestan a un entendimiento bien distinto del instrumento.

⁵⁶⁸ El Consejo de Estado, en su informe de 28 de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (referencia 796/2013) instaba la sustitución del término “resolución judicial” por “decisión judicial” al considerarlo más acorde a nuestro Derecho, que no configura los exhortos como una resolución.

⁵⁶⁹ Documento COM (2003) 688 final de 14 de noviembre de 2003. En el epígrafe 39 se dice literalmente que “El primer paso sería el exhorto europeo de obtención de pruebas, que prevé la obtención de los elementos de prueba que existen ya y que están directamente disponibles”.

Concretamente el séptimo anuncia que el exhorto podrá utilizarse para obtener *cualquier* objeto, documento o dato para su uso en los procedimientos penales en materia penal para los que puede emitirse⁵⁷⁰; sin embargo, el listado de exclusiones contenido en el artículo 4.2 DM/EEP, que veremos en el próximo epígrafe, obliga a una interpretación diferente mucho más restrictiva.

También se presta a confusión la enumeración ejemplificativa que contiene ese considerando pues recoge, entre otros, los objetos, documentos o datos procedentes de un registro de los locales del sospechoso, incluido su domicilio, sin mencionar que la medida coercitiva de registro domiciliario no será objeto de reconocimiento dado que su autorización quedará a criterio de la autoridad de ejecución, como expresamente señala el artículo 11.2 DM/EEP, lo que desde luego arroja una perspectiva bien distinta de la utilidad de este instrumento.

Por su parte el considerando noveno especifica que el EEP no abarca la cooperación policial, aduanera, fronteriza y administrativa. Esta aclaración tiene su importancia, especialmente en lo que se refiere a la cooperación administrativa, como luego tendremos ocasión de exponer con ocasión del análisis de los procedimientos en los que puede emitirse el exhorto.

En cuanto a las características que deben tener los objetos, documentos o datos que pueden recabarse a través del EEP son los siguientes:

a) Disponibilidad

La exigencia de que los objetos, documentos o datos estén disponibles extiende el principio de disponibilidad al ámbito probatorio, aunque en la DM/EEP no se recoge expresa y claramente esta exigencia. Ni en la definición, antes mencionada, ni en el resto del articulado de la DM/EEP se menciona explícitamente, a pesar de que sí se recogía en el informe explicativo de la propuesta presentada por la Comisión. Ahora bien, la exigencia de disponibilidad se desprende de una lectura integradora de todo el texto, específicamente del fundamento de sus exclusiones, lo que no obsta para que se eche de menos un precepto expreso en tal sentido -o al menos un considerando que lo explicitara, permitiendo un entendimiento más fácil del enfoque de este instrumento-.

b) Necesidad

La necesidad, por el contrario, sí viene expresamente exigida en el texto legal. El artículo 4 de la DM/EEP, bajo la rúbrica de ámbito de aplicación del exhorto, señala que podrá emitirse para recabar en el Estado de ejecución objetos, documentos o datos *que se necesiten* en el Estado de emisión para los procedimientos expresamente indicados en la propia norma. La exigencia de necesidad de la obtención de esa prueba se configurara como una condición para la emisión del exhorto en el artículo 7 DM/EEP.

c) Concreción

⁵⁷⁰ STOJANOVSKI señala como ejemplo de documento que puede constituir el objeto del EEP las declaraciones prestadas con anterioridad por un investigado ante las autoridades del Estado de ejecución, considerando que obtener este tipo de documentación puede ser relevante para la investigación si bien, lógicamente, no podrán servir como prueba. Al respecto cfr. STOJANOVSKI, V., “The european evidence warrant”, *Days of Law*, Brno, 2009. En relación con la propuesta de EEP y el sistema judicial irlandés cfr. HAMILTON, J., “Mutual assistance in criminal matters in Ireland and the Proposed European Evidence Warrant”, *ERA Forum*, 2005; una descripción de la EEP y de los retos que supondrá para Rumanía lo encontramos en PAMFIL, M.L., “Judicial cooperation based on European Evidence Warrant” disponible en <http://ssrn.com/abstract=1412332> (2009).

En cuanto a que se trate de objetos, documentos o datos específicos, es en el último inciso del artículo 4.1 DM/EEP donde se destaca que el exhorto deberá referirse a los objetos, documentos o datos *que en él se especifiquen*. No es posible, en consecuencia, emitir el exhorto para que la autoridad de ejecución realice la aprehensión de cuantos elementos se definan genéricamente como útiles para el procedimiento penal seguido en el Estado de emisión. Por el contrario, hay que especificar qué concreto elemento debe ser aprehendido.

Esta necesidad de concreción del objeto, documento o dato que debe ser incautado aboca a varios problemas de índole práctico: la autoridad de emisión tiene que conocer exactamente el objeto, documento o dato que le resulta útil y su ubicación (al menos, el Estado en el que se encuentra). Sin embargo, difícilmente en la práctica pueden llegar a conocerse todos estos extremos con el detalle necesario para la emisión del exhorto para su transmisión al Estado concreto en el que el objeto se encuentre. O al menos es dudoso que pueda tener conocimiento de estos extremos sin haber acudido previamente a una solicitud de cooperación judicial penal que tuviera como objeto investigarlos (y si hemos acudido a una rogatoria previa, tener que remitir con posterioridad el exhorto no hace sino entorpecer y ralentizar la cooperación, siendo previsible que la autoridad de emisión opte por incluir en la petición de auxilio judicial convencional tanto la investigación como la incautación y transferencia del objeto, soslayando de esta manera la utilización del nuevo instrumento).

Otra dificultad estriba en el grado de descripción del objeto que resulta necesario para poder emitir el EEP (por ejemplo, surge la duda de si basta señalar que en un determinado lugar se encuentra el instrumento con el que se cometió el asesinato o es necesario pormenorizar si se trata de un arma blanca o de fuego y sus características).

Por último, quedaría por dilucidar la cuestión de si deben explicitarse los motivos que llevan a la autoridad de emisión a concluir la existencia y conocer las características del objeto, documento o dato y que el mismo está en el Estado de ejecución. No será lo mismo, por ejemplo, que se tenga conocimiento de la ubicación del objeto porque lo manifieste el propio imputado o porque así conste por fotografías u otros documentos fehacientes aportados por un testigo.

De la suma de todas estas características concluimos que con el EEP se está creando un instrumento “lo más parecido posible” a la exitosa OEDE. Si con ésta se pretende la detención y puesta a disposición de la autoridad de emisión de una persona (por tanto, de alguien plenamente identificado y que está disponible para las autoridades de ejecución) su traducción al ámbito de prueba es el exhorto: se pretende la aprehensión de un objeto, documento o dato conocido y ubicado en el Estado de ejecución para su traslado al de emisión. Las diferencias entre uno y otro instrumento son, en lo que aquí nos interesa, notables, pues las diligencias a practicar para detener a una persona son muy similares entre todos los Estados miembros mientras que las diligencias para obtener y asegurar un objeto, documento o dato pueden variar sustancialmente (tanto en relación con las autoridades con competencia para acordar estas diligencias como en el procedimiento para llevarlas a cabo, singularmente en aquellas que suponen restringir derechos fundamentales). Estas diferencias son el origen de que la UE haya encontrado menos obstáculos en legislar en materia de detención y entrega y todo lo contrario en lo que concierne a la obtención de prueba (reflejo de lo cual es el largo íter legislativo de los instrumentos normativos que han abordado esta materia y de las limitaciones que presentan).

Al implementar la DM/EEP el legislador español ha recogido expresamente estas características de los objetos, documentos o datos que pueden obtenerse con el EEP. El

artículo 187.1 LRM alude a que estén debidamente identificados y que se necesiten para el procedimiento penal en España. También a la disponibilidad, al señalar que podrá comprender los objetos, documentos o datos “que ya obren en poder de la autoridad de ejecución”.

Sentadas estas características generales predicables de los objetos, documentos o datos que pueden recabarse con el EEP, es necesario precisar que la DM/EEP recoge también una previsión que altera este régimen general. Nos referimos a la posibilidad de que la autoridad de emisión faculte a la autoridad de ejecución a recabar los objetos, documentos o datos que, sin mediar investigaciones complementarias, considere pertinentes para el procedimiento que motivó la emisión del exhorto (art. 4.5 DM/EEP-art. 187.1 párrafo segundo LRM). Es una habilitación genérica, indeterminada, pero que debe constar expresamente indicada en el exhorto – de ahí que se aluda a que la autoridad de ejecución sea facultada-. Supone dejar a criterio de la autoridad de ejecución la determinación del objeto, documento o dato que debe ser concretamente recabado y transmitido. La utilidad es clara: dotar de mayor eficacia a la cooperación judicial, pero, a su vez, resulta problemática. Así, desde una perspectiva práctica parece difícil que la autoridad de ejecución pueda pronunciarse sobre la utilidad para el proceso penal seguido en otro Estado miembro de un objeto, documento o dato cuya obtención no venía solicitada en el exhorto. La autoridad de ejecución no tiene por qué conocer en detalle el procedimiento penal en curso en el Estado de emisión ni por tanto puede hacer la debida valoración. Por otro lado, desde una perspectiva jurídica esta previsión de desplazamiento de la decisión del objeto a recabar de la autoridad de emisión a la de ejecución implica soslayar ciertas garantías que el de emisión debe observar al emitir el exhorto, singularmente que los objetos, documentos o datos pueden obtenerse conforme a la ley del Estado de emisión en un caso comparable si estuvieran disponibles en su territorio, puesto que tal circunstancia puede ser desconocida para la autoridad de ejecución⁵⁷¹.

Especialmente desafortunada consideramos la implementación de esta facultad en la legislación española. La previsión general del artículo 187.2 LRM viene innecesariamente repetida en el artículo 191.4 LRM (aplicable cuando son las autoridades judiciales españolas las que emiten el EEP). Pero lo que nos parece especialmente problemático es que en sede de ejecución en España del exhorto el artículo 196.3 LRM no exige habilitación de la autoridad emisora, permitiendo que el juez o el fiscal valoren la posibilidad de emprender “nuevas medidas de investigación” (no la mera incautación de un objeto, documento o dato, que es propiamente a lo que se refiere el EEP) sólo porque así lo considere “oportuno” (concepto éste absolutamente indeterminado que no recoge la valoración de criterios como la necesidad o proporcionalidad de esta incautación acordada por la autoridad española de oficio).

1.2 Exclusiones del ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba

Las exclusiones del ámbito del EEP, reguladas en el artículo 4.2 DM/EEP (y su correlativo artículo 187.2 LRM) son un aspecto sustancial de la regulación de este instrumento de reconocimiento mutuo.

⁵⁷¹ En el mismo sentido BACHMAIER, que apunta el riesgo de que se lleven a cabo registros exhaustivos para iniciar la búsqueda de prueba en general, a modo de “fishing expeditions”, cfr. BACHMAIER WINTER, L, “El exhorto europeo de obtención de pruebas en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C.,; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015.

En el listado de exclusiones del ámbito del EEP, en los términos en los que fue finalmente promulgado, observamos importantes diferencias en relación con el listado que incluía la propuesta de la Comisión. Estas diferencias además tienen que ser analizadas desde la perspectiva de lo que consideramos núcleo gordiano de la DM/EEP: en la propuesta se incluía la posibilidad de que la autoridad de emisión exigiera – en determinadas circunstancias - medidas coercitivas a la autoridad de ejecución, pero este requerimiento se eliminó del texto final. De modo que, con el texto vigente, *la elección de los medios que garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos y la decisión de si resulta necesario adoptar medidas coercitivas para prestar la asistencia corresponde exclusivamente y en todo caso a la autoridad de ejecución* (así se desprende con claridad del art. 11.2 DM/EEP).

Una reminiscencia de los términos en los que venía formulada la propuesta pervive en cómo aborda la DM/EEP la delimitación de su ámbito. El tenor literal del artículo 4.2 de la DM/EEP señala que el exhorto no se podrá emitir *para exigir* a la autoridad de ejecución una serie de medidas que luego se analizarán. Lo llamativo de esta dicción es que parece olvidar que la autoridad de emisión en ningún caso puede exigir que se adopte una diligencia de investigación, sólo un resultado: la incautación del objeto, documento o dato. El cómo obtenerlos, como venimos repitiendo, es algo que queda al criterio de la autoridad de ejecución. Los términos del enunciado de este artículo 4.2 DM/EEP resultan por eso contradictorios con el resto de la norma europea. La legislación española de implementación, sin embargo, no incurre en esa contradicción pues el artículo 187.2 LRM al tratar las exclusiones menciona el término “solicitud” de determinadas medidas, no exigencia.

El listado de exclusiones del ámbito del EEP entronca con los principios de existencia y disponibilidad que caracterizan los objetos, documentos o datos que deben ser recabados⁵⁷². De este modo, la razón última de las exclusiones reside en el hecho de que los objetos, documentos o datos no existan o que, aun existiendo, no estén disponibles, resultando imprescindible realizar una determinada actividad para recabarlos. De conformidad con esta razón de ser, clasificaremos las exclusiones en aquellas basadas en la inexistencia y las basadas en la indisponibilidad.

1.2.1 Exclusiones basadas en la inexistencia del objeto, documento o dato. Excepciones

De las exclusiones recogidas en el artículo 4.2 DM/EEP podemos encuadrar dentro de esta categoría – por inexistencia - las siguientes medidas:

-Que mantenga entrevistas, tome declaraciones o inicie otros tipos de interrogatorios con sospechosos, testigos, expertos o cualquier otra persona [art. 4.2 a) DM/EEP-art.187.2 a) LRM];

⁵⁷² JIMENEZ CRESPO apunta que tras la lectura del artículo 187.2 LRM uno se pregunta ¿para qué sirve entonces el exhorto europeo de obtención de pruebas? Pero encontramos a continuación ejemplos reales que facilita el autor sobre casos de la práctica forense en la que este instrumento ha sido ya utilizado por las autoridades judiciales españolas, cfr. JIMENEZ CRESPO, L.M., “Cuestiones prácticas del Título X de la ley 23/2014: exhorto europeo de obtención de pruebas” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANELO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C (Coords.) Cizur Menor, 2015.

-Que obtenga información en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia discreta o control de las cuentas bancarias [art. 4.2 c) DM/EEP- art.187.2 c) LRM];

Decimos que el fundamento de ambas exclusiones es el mismo, la inexistencia, porque la declaración del sospechoso, testigo, experto o de cualquier otra persona no es un cuerpo cierto que exista hasta que no se desarrolle la actividad que lo produce - el interrogatorio, el peritaje -. De la misma manera el dato comunicado en una conversación telefónica no existe mientras ésta no se haya producido, por lo que no se puede ordenar su obtención como objeto cierto con carácter previo, quedando en consecuencia fuera del ámbito del EEP la posibilidad de intervenir las comunicaciones. Idéntico razonamiento procede realizar en relación con la vigilancia discreta o el control de operaciones que se realicen en un futuro en cuentas bancarias.

La toma de declaraciones estaba expresamente excluida desde la propuesta de la Comisión, que lo justificaba en el hecho de que se estaba debatiendo en ese momento en el correspondiente Libro Verde qué garantías mínimas deben adoptarse en la práctica de estas diligencias. Esto nos parece reflejo de que subyacía un problema de armonización: la necesidad de sentar unos principios comunes en la práctica de estas diligencias que garanticen su admisibilidad y eficacia probatoria en cualquier Estado miembro, cuestión en la que no se alcanzaba el suficiente consenso.

Por otra parte, la información en tiempo real mediante la intervención de comunicaciones, vigilancia discreta o control de cuentas bancarias quedaban excluidas del ámbito del exhorto en la propuesta de la Comisión basándose en que esta materia ya venía regulada en el CUE/2000 y en el P/CUE/2001 y esta normativa no había entrado aún en vigor al tiempo de formular la propuesta. Sin embargo, sí lo estaban cuando la DM/EEP se encontraba en tramitación, de modo que, lo que bien podría haber justificado su exclusión inicial, desde luego no ampara que quedara definitivamente al margen de la DM/EEP en el momento de su aprobación.

Pero a su vez, la DM/EEP contiene una excepción a la regla general de que mediante el exhorto no puede pretenderse la toma de declaraciones. Nos referimos a la previsión, contenida en el artículo 4.6 de la DM/EEP de que a solicitud de la autoridad de emisión pueda tomarse declaración durante la ejecución del exhorto a las personas presentes que estén directamente relacionadas con el asunto a que se refiere. Esta previsión constituye la única excepción a la exigencia del requisito de que el dato pre-exista a la emisión del exhorto, a nuestro juicio resta coherencia al instrumento, no está debidamente justificada y puede generar problemas de admisibilidad. Sobre ella volveremos más adelante aunque anticipemos ya que esta excepción del artículo 4.6 DM/EEP ha sido trasladada también a la LRM en términos en nuestra opinión especialmente desacertados, tanto en la forma como en el fondo, como veremos con ocasión de la emisión del EEP por las autoridades judiciales españolas.

Durante la fase de negociación de la DM/EEP, en respuesta a la solicitud del Comité del artículo 36 de que la toma de declaraciones quedara incluida en el exhorto⁵⁷³, la Presidencia propuso introducir esta posibilidad excepcional. Se pretendía con ello prevenir la pérdida potencial de información que podría ser útil para el proceso penal y que podía recabarse sin mediar ulteriores investigaciones complementarias. Pero el texto de la Presidencia limitaba las declaraciones a dos aspectos específicos:

⁵⁷³ Reunión del Comité del artículo 36 celebrada el día 7 de octubre de 2004, que instruyó al Grupo de Trabajo sobre la posibilidad de considerar cuidadosamente si la toma de declaraciones podría incluirse en el exhorto sin apartarse de la perspectiva original de que éste abarcara sólo objetos, documentos o datos existentes.

la identidad de las personas y las manifestaciones espontáneas que se considere razonablemente que podían ser relevantes para la finalidad perseguida en el proceso penal en el que se emite el exhorto⁵⁷⁴.

En sucesivas reuniones del Grupo de Trabajo se analizó la conveniencia de delimitar esta excepción de otro modo. Así, la delegación austriaca proponía que se hiciera referencia a la toma de declaraciones únicamente de las personas directamente relacionadas con el exhorto, mientras que la delegación británica proponía circunscribir las declaraciones a las personas presentes durante la ejecución del exhorto y directamente relacionadas con él. Otras delegaciones preferían la supresión de la limitación del objeto de las declaraciones a la identidad de las personas y sus manifestaciones espontáneas⁵⁷⁵.

Finalmente, en la reunión del Grupo de Trabajo del 14 y 15 de septiembre de 2005 se discutió este aspecto y se optó por recoger que sólo a las personas presentes y relacionadas con el asunto del exhorto se les tomara declaración pero suprimiendo que ésta se circunscribiera a su identidad y a sus manifestaciones espontáneas⁵⁷⁶, lo que por tanto introdujo la posibilidad de realizar una auténtico interrogatorio que era lo que precisamente estaba vedado en un principio.

La mención a que a las declaraciones se aplicarán las normas pertinentes del Estado de ejecución aplicables a los casos nacionales se incluyó en el borrador propuesto por el Grupo de Trabajo los días 3 y 4 de noviembre de 2005. Algunas delegaciones nacionales, como la austriaca y la danesa, objetaron su inclusión, entendiendo que esta mención era innecesaria⁵⁷⁷.

Por su parte el Parlamento Europeo, en su Resolución legislativa de 21 de octubre de 2008 sobre la propuesta de DM/EEP⁵⁷⁸, pidió al Consejo a través de la enmienda octava que todo el epígrafe 6 del artículo 4 fuera suprimido, sin que dicha solicitud fuera acogida por el Consejo, que aprobó el texto con la inclusión de esta excepción.

1.2.2 Exclusiones basadas en la indisponibilidad del objeto, documento o dato.

El otro eje delimitador de las exclusiones, la indisponibilidad, aglutina el resto de los supuestos recogidos en el artículo 4.2 DM/EEP, concretamente:

- Que lleve a cabo registros corporales u obtenga materiales orgánicos o datos biométricos directamente del cuerpo de cualquier persona, como muestras de ADN o impresiones dactilares [art. 4.2 b) DM/EEP- art. 187.2 b) LRM];
- Que analice objetos, documentos o datos existentes [art. 4.2 d) DM/EEP- art. 187.2 d) LRM];
- Que obtenga datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicaciones pública [art. 4.2 e) DM/EEP- art. 187.2 e) LRM].

En todos estos casos el objeto, documento o dato, aunque pudiera entenderse que existe, no está disponible. La obtención de ADN exige tomar muestras del cuerpo de una persona o de algún objeto donde puedan encontrarse restos de la misma; las pruebas periciales presuponen por definición el análisis de los objetos, documentos o datos

⁵⁷⁴ Documento 14121/04 de 4 de noviembre de 2004.

⁵⁷⁵ Documento 11288/05 de 19 de julio de 2005.

⁵⁷⁶ Documento 12479/05 de 22 de septiembre de 2005.

⁵⁷⁷ Documento 14102/05 de 8 de noviembre de 2005.

⁵⁷⁸ DOUE C 15 E/99 de 21 de enero de 2010.

existentes; y las investigaciones complementarias el llevar a cabo una actividad, acudir a un medio probatorio, que como tal quedaría al margen del ámbito del exhorto.

De este bloque de exclusiones basado en la indisponibilidad merece la pena detenernos en los datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones públicas por ser una de las cuestiones que más debate originó durante la negociación de la DM/EEP. La exclusión, tal y como ha quedado definitivamente definida, no se refiere a cualquier dato informático, sino sólo al relativo a las *comunicaciones* electrónicas. Por ello que el considerando 13 DM/EEP se refiere a que la autoridad de ejecución estará obligada a ejecutar el exhorto en busca de datos electrónicos siempre que su legislación lo permita aunque éstos no se encuentren en el territorio de su Estado. Consecuentemente, en relación con la transmisión el artículo 8 DM/EEP dispone que el exhorto se transmitirá al Estado en el que los datos electrónicos son directamente accesibles, de conformidad con su legislación.

En la propuesta de la Comisión se definían estos conceptos de la siguiente manera:

-sistema de información: todo dispositivo o conjunto de dispositivos interconectados entre sí que permiten el tratamiento informatizado de datos en ejecución de un programa, así como los datos informáticos almacenados, recuperados o transmitidos por los mismos en relación con su funcionamiento, uso, protección y mantenimiento;

- datos informáticos: cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función;

- red de comunicaciones electrónicas: sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de redes de satélites, terrestres fijas y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada.

El hecho de que esas definiciones no hayan sido trasladadas al texto final de la DM/EEP puede dificultar el entendimiento de la exclusión recogida en el artículo 4.2 e del texto.

Durante el proceso normativo del exhorto europeo de prueba se discutió el tema de los datos electrónicos, informáticos y de la jurisdicción en numerosas reuniones.

En la reunión del Grupo de Trabajo en Cooperación Penal de los días 12 y 13 de abril de 2005 se abordó la conveniencia de eliminar la referencia a los datos electrónicos al entender que si el cibercrimen debía ser regulado dentro de la Unión Europea sería preferible hacerlo en un documento separado omnicomprendivo que pudiera abordar toda la compleja problemática de la cibercriminalidad, máxime cuando el convenio del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001 sobre esta materia había entrado en vigor tan sólo recientemente (el 1 de junio de 2004) y no había sido ratificado por todos los Estados miembros. Por tanto, antes de promulgar un nuevo instrumento en esta área, se consideraba deseable esperar a la experiencia práctica que la vía convencional pudiera facilitar⁵⁷⁹. Además, se tenían presentes las dificultades en la negociación de la intervención de comunicaciones en el CUE/2000 y en este sentido se consideraba que las discusiones sobre los datos electrónicos podrían retrasar la adopción del exhorto.

⁵⁷⁹ Documento 8416/05 de 29 de abril de 2005.

Finalmente se elevó consulta al Coreper y al Consejo sobre si la regulación de la obtención de datos electrónicos debía eliminarse del exhorto o si, por el contrario, debería mantenerse⁵⁸⁰.

La delegación belga se manifestó encarecidamente a favor de abarcar los datos electrónicos con el exhorto y de permitir su obtención aunque estén en otro Estado miembro, en línea con la propuesta de la Comisión que permitía la obtención transfronteriza de estos datos. Justificaron su postura en la experiencia belga en esta materia, dado que el artículo 88 ter del código procesal penal belga permite a las autoridades encargadas de la investigación extender sus registros a sistemas informáticos que se ubican en un lugar diferente a donde la incautación está teniendo lugar. Por otra parte, argumentaban que la localización de los datos electrónicos no siempre coincide con el lugar donde están siendo usados. Más aun, en ocasiones es difícil determinar su ubicación exacta hasta que el registro ha sido ejecutado. Si están localizados en el extranjero, el problema que surge es cómo evitar el riesgo de la pérdida de información en el transcurso de la emisión de la comisión rogatoria. Por ello, entendían deseable una regulación europea al respecto que permita recabar estos datos cuando se encuentren en otro Estado miembro siempre que sean legalmente accesibles desde el territorio donde la incautación está teniendo lugar⁵⁸¹.

El Consejo reunido los días 2 y 3 de junio de 2005 propuso, sin embargo, suprimir el artículo de la propuesta de la Comisión relativo a la competencia sobre los datos informáticos contenidos en un sistema de información en el territorio de otro Estado miembro, entendiendo que su inclusión no era esencial y que contenía un riesgo de retrasar el acuerdo sobre el exhorto⁵⁸².

Los expertos en datos electrónicos debatieron extensamente esta materia sin llegar a un acuerdo, remitiéndose el debate a los expertos en el exhorto europeo de prueba para futuras negociaciones⁵⁸³.

En ese momento, mediados del 2005, la Unión Europea trabajaba en dos propuestas relativas a los datos de comunicaciones electrónicas:

- Por una parte, el proyecto de Decisión Marco sobre la conservación de los datos tratados y almacenados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o el suministro de datos en redes públicas de comunicaciones a efectos de la prevención, investigación, descubrimiento y represión de la delincuencia y de las infracciones penales, con inclusión del terrorismo. Esta propuesta fue presentada en abril de 2004 por iniciativa de Francia, Irlanda, Suecia y Reino Unido. El Consejo de Asuntos de Justicia e Interior llegó a un acuerdo inicial sobre este texto en la reunión de 1 y 2 de diciembre de 2005, pero el mismo finalmente no fue nunca aprobado.

- Por otra parte, el proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conservación de datos tratados en relación con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica fue presentado por la Comisión y finalmente aprobada como Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006⁵⁸⁴.

Estos proyectos y sus respectivas tramitaciones incidieron en la definición del ámbito del EEP.

En el Grupo de Trabajo de Cooperación Penal se constató cómo una gran mayoría de delegaciones estaban a favor de excluir expresamente los datos electrónicos

⁵⁸⁰ Documento 8863/05 de 17 de mayo de 2005.

⁵⁸¹ Documento 9651/05 de 1 de junio de 2005.

⁵⁸² Documento 11288/05 de 19 de julio de 2005.

⁵⁸³ Documento 11288/05 de 19 de julio de 2005.

⁵⁸⁴ DOUE L 105 de 13 de abril de 2006.

retenidos del ámbito del exhorto. Unos eran partidarios de incluirlos aunque se condicionase la ejecución del exhorto al cumplimiento de las condiciones que deberían observarse en un caso nacional similar. Finalmente, otras delegaciones mostraron sus reservas generales sobre esta materia.

Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en el Grupo de Trabajo de Cooperación Penal, se elevó consulta al respecto al Comité del artículo 36, proponiendo una exclusión explícita del ámbito del exhorto de los datos retenidos de comunicaciones electrónicas y una declaración del Consejo que anunciase que esta materia sería abordada en ulteriores instrumentos de obtención de prueba⁵⁸⁵.

Problemática era también la regulación de la jurisdicción para los datos electrónicos almacenados en otro Estado miembro. La propuesta de la Comisión exigía que cada Estado miembro adoptara las medidas que se considerasen necesarias para asegurarse de que podía ejecutar el exhorto, sin mayores formalidades, cuando los datos informáticos requeridos fueran legalmente accesibles, se refiriesen a servicios prestados por personas físicas o jurídicas en el territorio del Estado de ejecución a personas ubicadas en dicho territorio, aunque se conservasen en un sistema de información ubicado en otro Estado miembro. Recíprocamente, su legislación nacional debía permitir que los datos informáticos alojados en su territorio permitan su obtención por otro Estado miembro en las condiciones antes señaladas. Por tanto, en la propuesta de la Comisión se incluían dentro del ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba los datos informáticos residenciados en servidores ubicados en un Estado miembro diferente a aquel al que se transmitía el exhorto. Se consideraba que podía ser frecuente que, remitido un EEP a un Estado donde estaba ubicada la sede física de la empresa a investigar, se constataste que los datos informáticos de la misma necesarios para el proceso penal estaban almacenados en un servidor de otro Estado miembro. Para evitar problemas de competencia era necesario contemplar expresamente este supuesto otorgando cobertura legal a que el Estado de ejecución pudiera obtener estos datos sin necesitar previamente autorización o acuerdo del Estado donde los mismos estaban almacenados. De este modo, si el la autoridad de ejecución tiene acceso a esos datos informáticos puede facilitarlos a la autoridad de emisión si se refieren a servicios prestados en su territorio. Con ello se ganaba en celeridad y eficacia en las investigaciones transfronterizas.

Durante la negociación algunas delegaciones se mostraron partidarias de no incluir en el exhorto los datos electrónicos que podían no estar físicamente presentes en el Estado de ejecución, pero eran legalmente accesibles desde él. Por eso la Presidencia proponía sustituir el término localizados por legalmente accesibles para el caso de los datos electrónicos⁵⁸⁶.

El Comité del artículo 36 examinó estas cuestiones en la reunión que tuvo lugar los días 15 y 16 de noviembre de 2005, optando por eliminar la regulación de la jurisdicción competente para recabar datos electrónicos en otro Estado miembro, las definiciones de sistemas de información, datos informáticos y red de comunicaciones electrónicas que se contenían en la propuesta de la Comisión, sin que se aunara una postura en relación con la exclusión de los datos de comunicaciones retenidos entre los Estados miembros, pues Dinamarca y Suecia insistían en ello y España, Países Bajos, Bélgica, Austria, Portugal, República Checa y la Comisión se oponían⁵⁸⁷. Tampoco se llegó a acuerdos en esta materia en la reunión del Consejo de Asuntos de Justicia e Interior de 1 y 2 de diciembre de 2005⁵⁸⁸. Se volvieron a tratar en el Consejo de 27 y 28 de abril de 2006, pero el acuerdo final se alcanzó en el de 1 y 2 de junio de 2006 e incluye una declaración del Consejo en el sentido de que dada la creciente importancia de las nuevas tecnologías de la información, y la necesidad de dotar a los tribunales y autoridades

⁵⁸⁵ Documento 11586/05 de 1 de septiembre de 2005.

⁵⁸⁶ Documento 14246/05 de 11 de noviembre de 2005.

⁵⁸⁷ Documento 14610/05 de 17 de noviembre de 2005.

⁵⁸⁸ Documento 15957/05 de 20 de diciembre de 2005.

con mecanismos de investigación acordes con estos desarrollos tecnológicos, el Consejo asume considerar en breve plazo de tiempo si debe adoptarse un marco legal adecuado, tomando en consideración el Convenio de cibercriminalidad del 2001, con la finalidad de mejorar la cooperación judicial en relación con los sistemas transfronterizos de información⁵⁸⁹.

Como consecuencia de este acuerdo, la DM/EEP excluye que a través del exhorto se obtengan datos de comunicaciones retenidos por proveedores, se elimina el artículo dedicado a la jurisdicción y las definiciones antes mencionadas.

Que el fundamento de todas estas exclusiones hasta ahora analizadas entronca con los principios de existencia y disponibilidad se evidencia en la propia dicción literal del artículo 4.4 DM/EEP-187.2 LRM que permite emitir el EEP para obtener los objetos, documentos o datos incardinables en las categorías excluidas mencionadas anteriormente cuando dichos objetos, documentos o datos se encuentren en poder de la autoridad de ejecución antes de la emisión del exhorto. En estos casos, las declaraciones, el análisis, el registro corporal o cualquier otra actividad ya ha tenido lugar, ya ha producido un resultado concreto, existente, disponible y por tanto tiene cabida en el EEP.

Apuntamos además que en esos casos no hay necesidad (más bien peligro) de armonización posible, no hay exigencia alguna de consensuar unas garantías mínimas que todos los Estados deban respetar en su obtención: como la intervención telefónica, el peritaje o la obtención de ADN ya habrá sido realizada no se pondrá en cuestión cómo hacerlo. Esta es quizás la explicación al hecho de que los Estados miembros no objetaran su inclusión en el EEP durante la negociación de este instrumento.

Al hilo de esta posibilidad de obtener testimonios o perfiles de ADN ya existentes, BACHMAIER señala que a cualquier persona sometida a un interrogatorio ya sea ante una autoridad policial o judicial debería advertírsele de la posibilidad de que su declaración sea transmitida a las autoridades de otro Estado, especialmente a la vista del diferente valor que tienen las declaraciones prestadas en sede policial en unos y otros Estados miembros. Idéntica advertencia entiende que procedería cuando se recaba el consentimiento de una persona para la extracción de muestras biológicas⁵⁹⁰.

1.2.3 Antecedentes penales

Una última exclusión, la relativa a los antecedentes penales prevista en el artículo 4.3 DM/EEP-187.3 LRM, tiene sin embargo un significado distinto.

La propuesta de la Comisión dedicaba especial atención al supuesto específico de que lo que se pretendiera obtener a través del exhorto fueran los antecedentes penales de una persona física o jurídica. Se preveía la creación de un organismo central de antecedentes penales al que podría transmitirse el EEP con el fin de recabar una copia de la sentencia condenatoria penal y de las medidas subsiguientes dictada en ese Estado miembro.

La redacción final de la DM/EEP no incluye en su ámbito la petición de antecedentes penales porque, ante los limitados avances en la negociación de este instrumento, se articuló un sistema específico para el intercambio de información sobre condenas

⁵⁸⁹ Documento 11235/06 de 10 de julio de 2006.

⁵⁹⁰ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANELO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (Coords.), Cizur Menor, 2015.

penales extraídas del registro de antecedentes penales. Desde la aprobación de las normas europeas reguladoras de este intercambio de antecedentes éste y no otro será el mecanismo que deberán utilizar los Estados miembros.

De ahí que el artículo 4.3 DM/EEP cite la Decisión 2005/876/JAI del Consejo de 21 de noviembre de 2005, relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales aunque, como hemos visto en el capítulo IV, hoy día esta referencia debe entenderse hecha a la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros, transpuesta en España mediante la LO 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

1.3 La incidencia del carácter limitado del ámbito del exhorto europeo de obtención de prueba en la vigencia de otros instrumentos de cooperación judicial penal

El hecho de que el ámbito del exhorto fuera limitado - y que como consecuencia de ello varios instrumentos jurídicos de distinto tipo resultasen necesarios en una misma investigación penal - dio lugar al debate de si la DM/EEP debía derogar los preceptos de los convenios de asistencia legal mutua cuyo objeto fuera coincidente o si, por el contrario, debía optarse por la coexistencia de ambos regímenes. El ámbito, en definitiva, fue el factor determinante de la relación entre la DM/EEP y los mecanismos convencionales de asistencia para la obtención de prueba, aspecto éste sobre el que se discutió extensamente durante la tramitación de la decisión marco.

La propuesta de la Comisión entendía que la DM/EEP, desde su implementación (para lo que se fijó la fecha de 1 de enero de 2005), debía remplazar entre los Estados miembros los convenios de asistencia legal mutua en relación con solicitudes de asistencia judicial para obtener pruebas comprendidas en el ámbito de la decisión marco, y ello salvo que las disposiciones convencionales facilitasen la cooperación en mayor medida que el exhorto.

En el Grupo de Trabajo se discutió ampliamente si en lugar de remplazamiento debería hablarse de coexistencia, opción ésta última por la que se inclinaban la mayoría de las delegaciones. La coexistencia permitía que la autoridad de emisión, en cada caso concreto, eligiese entre el sistema de reconocimiento mutuo o el sistema de asistencia legal convencional. Las razones que se adujeron a favor de la coexistencia es que la autoridad podía evitar la fragmentación acudiendo únicamente a la vía convencional, o, en el caso de que tuviera dudas sobre si la solicitud recaía en el ámbito del exhorto, podía optar por la vía convencional tradicional evitando el riesgo de que el requerimiento quedase fuera del exhorto. Finalmente, se alegaba que favorecía la elección del sistema más favorable en atención a las circunstancias de cada caso en concreto⁵⁹¹.

El Comité del artículo 36 abordó esta materia en su reunión de 10 y 11 de mayo de 2005, optando por un sistema transitorio, promoviendo el uso del exhorto durante esta etapa atribuyéndole un carácter prioritario⁵⁹².

El resultado final de las negociaciones⁵⁹³ fue optar por la coexistencia entre el EEP y los convenios de asistencia mutua, como hemos visto en el capítulo anterior.

⁵⁹¹ Documento 8416/05 de 29 de abril de 2005.

⁵⁹² Documento 8863/05 de 17 de mayo de 2005.

⁵⁹³ Documento 11965/05 de 30 de septiembre de 2005.

1.4 Contenido del exhorto europeo de obtención de prueba

El artículo 6 DM/EEP lleva por título “contenido y forma del exhorto” pero de su literalidad se desprende que sólo regula cómo debe documentarse este instrumento, esto es, hace obligatorio acudir al certificado anexo a la decisión marco (correlativo anexo XIII de la LRM). Una lectura integradora del texto de la DM/EEP nos permite, sin embargo, colegir qué contenido puede o debe tener este instrumento.

Del ámbito se desprende, en los términos que hemos expuesto, que el exhorto debe contener una descripción del objeto, documento o dato cuya incautación y transferencia se pretende, puesto que el mismo debe poder especificarse como exigen el artículo 4.1 DM/EEP y el propio apartado K.1 del certificado.

Pero ahora centraremos nuestra atención en otro posible contenido del EEP, que condicionará de manera decisiva su eficacia práctica y la admisibilidad en el proceso penal del objeto, documento o dato recabado. Nos referimos a una serie de cuestiones neurálgicas que la propuesta de la Comisión incluía y que sufrieron una importante evolución durante la negociación de la decisión marco.

La propuesta de la Comisión permitía que la autoridad de emisión instase⁵⁹⁴ de la autoridad de ejecución:

- En determinadas circunstancias, la utilización de medidas coercitivas para ejecutar el exhorto.
- Que la realización de una investigación y su contenido se mantengan confidenciales en la medida que lo permita la correcta ejecución del exhorto.
- Que una autoridad del Estado de emisión, o una persona interesada, sea autorizada a estar presente durante la ejecución del exhorto y tenga el mismo acceso que la autoridad de ejecución a cualquier objeto, documento o dato obtenidos en ella.
- Que se registre el nombre de las personas que han tenido acceso a las pruebas desde la ejecución del exhorto hasta su traslado al Estado de emisión.
- Que se observen otras formalidades y procedimientos específicos expresamente indicados por la autoridad de emisión, a menos que tales formalidades y procedimientos sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución.

Veamos por separado cómo quedaron finalmente aprobadas estas cuestiones en la DM/EEP.

1.4.1 Medidas coercitivas

En la propuesta de la Comisión, cuando hubiera peligro de que los documentos, objetos o datos pudieran alterarse, desplazarse o destruirse podía la autoridad de emisión requerir a la de ejecución que utilizara medidas coercitivas. Al hacerlo, la autoridad de emisión no podía precisar de qué medidas se trataba, de modo que correspondía a la autoridad de ejecución determinar qué concretas diligencias se utilizarían para recabar el objeto, documento o dato, rigiendo el principio rector de utilizar siempre los medios menos incisivos.

⁵⁹⁴ La versión española de la propuesta recoge la expresión “solicitar”, de modo que la autoridad requirente puede solicitar de la requerida la adopción de medidas coercitivas, lo que lleva a entender que dicha solicitud puede ser rechazada. Sin embargo durante la elaboración normativa se debatió por las delegaciones nacionales si debería cambiarse esta terminología (“may require” en la versión inglesa) a otra menos imperativa, como “may ask”. En este sentido, cfr. Documento 15639/04 de 16 de diciembre.

Esta es la razón de que en el modelo de formulario anexo a la propuesta se incluyera un apartado, el E.2, donde la autoridad de emisión debía explicitar las razones y los detalles por los que resultaba necesario utilizar medidas coercitivas para obtener los objetos, documentos y datos necesarios para su procedimiento. Esto es, debía explicitarse en qué consistía el riesgo de destrucción, desplazamiento o alternación que justificaba el requerimiento de utilización de medidas coercitivas.

En cuanto a qué debía entenderse por medidas coercitivas, la propuesta de la Comisión no contenía definición alguna y en el informe explicativo que la acompañaba tampoco se abordaba este concepto. En nuestra opinión hubiera sido necesario que la Comisión explicara qué debía entenderse por medidas coercitivas, máxime cuando definía otros *a priori* menos controvertidos (como el propio concepto de delito, por ejemplo, en el artículo 2 h). Y basamos esta observación en el carácter excepcional con el que debía utilizarse la petición de coerción y en la importancia que tenía la posibilidad de requerir que se utilizaran medidas coercitivas, pues hacerlo condicionaba el régimen de recursos o alteraba las causas de denegación.

Si la autoridad de ejecución procedía a utilizar medidas coercitivas, por ser necesarias para lograr el resultado pretendido por la autoridad de emisión, de conformidad con el texto de la propuesta debería adoptar una serie de garantías específicas. Estas venían recogidas en su articulado, concretamente:

- No se deberá exigir a una persona física que aporte objetos, documentos o datos que pudieran suponer una autoincriminación.
- Si se realizaba una entrada y registro, no debería hacerse por la noche (salvo que sea excepcionalmente necesario), debería notificarse por escrito a la persona responsable del local registrado (mencionando el motivo del registro, los objetos, documentos o datos incautados y los recursos existentes) y si la persona estaba ausente, la notificación debería dejarse en el local.

Ambas previsiones consideramos que suponen un primer intento de armonización de garantías procesales, la primera, el derecho a la no autoincriminación, dispensando al sujeto requerido de la aportación de la prueba que le incriminase y las segundas en relación con una de las medidas coercitivas más habituales en la obtención de prueba, la entrada y registro domiciliaria, de modo que se fijaban unas normas mínimas comunes para que el resultado de esa diligencia de investigación fuese admisible en todos los Estados miembros.

En la DM/EEP la regulación de las medidas coercitivas se caracteriza por las siguientes previsiones:

- a) la autoridad de emisión no puede requerir la adopción de medidas coercitivas para la obtención de prueba en el territorio del otro Estado miembro, el de ejecución;
- b) en el caso de que se adopten medidas coercitivas por la autoridad de ejecución lo hará por su propia elección y de conformidad con su propia legislación interna, sin verse constreñido por un estándar común de garantías procesales mínimas, pues éstas no se contienen en la DM/EPP;
- c) la legislación de implementación deberá garantizar:
 - que estén disponibles para la ejecución del EEP las mismas medidas que para un caso nacional similar;
 - que pueda acordarse medidas como el registro o la incautación en la ejecución del EEP que se refiera a cualquiera de las treinta y dos categorías delictivas que eximen del control de doble tipificación de la conducta, cuando vienen castigadas con al menos tres años de privación de libertad;
- d) define qué debemos entender por registro o incautación.

De crucial importancia son a nuestro entender las matizaciones introducidas durante la negociación en lo relativo a la posibilidad de requerir que se acuda a medidas coercitivas ante determinadas circunstancias.

El cambio se vislumbra en las conclusiones de la Presidencia recogidas en fecha 7 de septiembre de 2005⁵⁹⁵ que hacen especial hincapié en que se había alcanzado un consenso generalizado sobre que el principal propósito del EEP era asegurar el reconocimiento y ejecución de la orden de obtención de los documentos, objetos y datos y *no controlar la manera en la que el material es obtenido*. Clarificando este aspecto, se señala que ya en instrumentos previos de reconocimiento mutuo se contiene una distinción implícita entre la sustancia de la decisión y los procedimientos por los que debe llevarse a efecto (se pone como ejemplo el artículo 5 DM/EPYAP). En este sentido, las normas procedimentales comunes que se recogían en la propuesta de la Comisión se consideraron innecesarias, por ser cuestiones propias del derecho nacional de cada Estado miembro. De hecho, muchos Estados miembros expusieron que no estarían de acuerdo con adoptar garantías procesales diferentes a las previstas en sus respectivos ordenamientos jurídicos para sus casos nacionales, cuestión que entendían era diferente a que se intente cumplir con las formalidades especificadas por la autoridad de emisión siempre que con ello no se vulneren los principios fundamentales del derecho del Estado de ejecución. Relacionado con ello, se concluyó que la autoridad de ejecución no puede ser obligada a realizar una entrada y registro.

La Comisión discrepó de este planteamiento. Surgieron también posturas enfrentadas entre los Estados miembros. Por ejemplo en el caso de que una resolución de obtención de documentos, objetos o datos sólo pueda ejecutarse con medios coercitivos, si los mismos no podían utilizarse en un caso nacional similar, algunos Estados -como Irlanda, República Checa, Italia, Dinamarca o Alemania- creían que podría denegarse la ejecución, otros -Bélgica, Francia o España- pensaban que ninguna causa amparaba la denegación por este motivo.

Esto se debatió en la reunión del Consejo de Asuntos de Justicia e Interior de los días 12 y 13 de octubre de 2005, que se mostró conforme con que se recogiera expresamente en el articulado de la decisión marco que la autoridad de ejecución es responsable de elegir los procedimientos que, según su legislación nacional, asegurarán la obtención de los documentos, objetos y datos, decidiendo cuando sea necesario adoptar medidas coercitivas para ello. Sin perjuicio de ello, se recogería la obligación de respetar las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión, a no ser que sean contrarios a los principios fundamentales del derecho del Estado de ejecución.

Estas discusiones son el origen de que el artículo 11.2 DM/EEP recoja que corresponderá al Estado de ejecución elegir las medidas que, con arreglo a su legislación, garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos solicitados en un exhorto y decidir si es necesario o no el uso de medidas coercitivas para prestar dicha asistencia. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 12 DM/EEP al permitir que la autoridad de ejecución observe las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión (salvo que la DM/EEP disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución) siendo especialmente importante que enfatiza que ello *no dará origen a una obligación de adoptar medidas coercitivas*.

Por tanto, si bien con la propuesta de la Comisión cabía que la autoridad de emisión compeliere a la utilización de medidas coercitivas, fijándose unas garantías procesales mínimas cuando así fuera, en la redacción definitiva de la DM/EEP ambas cosas desaparecen.

⁵⁹⁵ Documento 11965/05 de 7 de septiembre de 2005.

Sin entrar a valorar la opción acogida por el legislador europeo, la literalidad del artículo 11.2 DM/EEP nos merece varias críticas:

- La más obvia es de tipo terminológico. Dispone que “corresponderá al Estado de ejecución elegir las medidas que, con arreglo a su legislación, garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos solicitados en el exhorto y decidir si es necesario el uso de medidas coercitivas para prestar esta asistencia”. Nos parece que más que al “Estado de ejecución” el artículo se está refiriendo a la autoridad de ejecución, que es la que, en cada caso concreto, se encuentra en condiciones de elegir la medida más idónea para conseguir el fin requerido en el exhorto.
- Otra mención cuya oportunidad es discutible es que una medida “garantice” la obtención del objeto, documento o dato. Hubiera sido preferible que el texto normativo aludiese a la idoneidad de la medida para la obtención, pero pronunciarse en términos de que se asegure que con una concreta medida se obtendrá un resultado específico parece demasiado categórico y poco realista.

Esta determinación de las medidas coercitivas a la autoridad de ejecución generó la necesidad de establecer dos mecanismos tendentes a favorecer la ejecución del EEP. Nos referimos específicamente a las dos previsiones que adelantábamos y que se recogen en el artículo 11.3 DM/EEP:

1. que las medidas disponibles en un caso nacional semejante en el Estado de ejecución lo estén también a efectos de ejecución del exhorto;
2. que se disponga de medidas coercitivas, concretamente el registro o la incautación, a efectos de la ejecución del exhorto que se refiera a unos delitos concretos.

Veamos por separado el significado de estas previsiones:

1. Que las medidas disponibles en un caso nacional semejante lo estén también a efectos de ejecución del exhorto no nos parece problemático. Es una previsión en abstracto. En la práctica lo único que hace es equipar con la respuesta que debe darse a la necesidad de obtener prueba para un proceso seguido en otro Estado miembro a la que se daría si el proceso (y la necesidad) surgiera en un proceso nacional. Nos parece una previsión de mínimos. Desde el momento en que la decisión del caso concreto corresponde a la autoridad de ejecución, aquella del territorio donde la medida tendrá lugar, que deberá valorar la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida en cuestión, nos parece que los derechos fundamentales están suficientemente protegidos. Dicho de otro modo, si la solicitud de obtención implica que este análisis ha sido hecho por la autoridad de emisión al transmitir el EEP, la existencia de autorización de la concreta medida para su obtención implica que el análisis es ratificado por la autoridad de ejecución. De hecho, entre las causas de denegación de la ejecución se encuentra que no sea posible ejecutar el exhorto mediante ninguna de las medidas de que dispone la autoridad de ejecución en el caso específico [art. 13.1 c) DM/EEP- art. 198.1 a) LRM], lo que evidencia que la autoridad de ejecución no se ve obligada a adoptar la medida coercitiva, tiene un margen de maniobra que le permite decidir si restringir derechos fundamentales en ese caso concreto es ajustado o no a derecho. El resultado final es un doble control, en el Estado de emisión y en el Estado de ejecución, situación que nos parece satisfactoria.

2. La segunda de las previsiones, consistente en que la legislación de implementación permita adoptar medidas coercitivas para las categorías exentas de verificación de doble tipificación es, sin embargo, problemática. Podría implicar que para ejecutar el EEP la legislación nacional deba contemplar medidas coercitivas incluso para categorías que no estén tipificadas en su derecho interno como delito o cuyo significado al menos es dudoso o cuya levedad no justifica la adopción de medidas coercitivas en causas nacionales.

El racismo y la xenofobia es una categoría incluida en las 32 infracciones que eximen del control de doble tipificación de la conducta si vienen castigadas en el Estado de emisión con al menos tres años de prisión (art. 14.2 DM/EEP). Es evidente la dificultad de establecer su correlación con una concreta conducta de nuestro Código Penal. La obligación de que en estos casos se posibilite acudir a medidas coercitivas en ejecución de un EEP es patente.

Por otra parte, la DM/EEP es problemática también en este punto porque se refiere al término “registro o incautación” que viene definido de manera diferente a lo que su mera lectura sugiere. El artículo 2 e) DM/EEP detalla que registro o incautación abarcarán cualesquiera medidas adoptadas en el marco de un proceso penal por las que se requiera a una persona física o jurídica, por imperativo legal, la entrega o la participación en la entrega de objetos, documentos o datos, y cuyo incumplimiento pueda conllevar la ejecución sin el consentimiento de la persona o dar lugar a una sanción. El concepto podría equipararse, entendemos, al de medida coercitiva. Esta definición no se traslada a la legislación española de implementación, cuyos artículos 195.1 y 198.2 LRM (en sede de ejecución del EEP por nuestras autoridades) se refieren genéricamente a “registro o incautación” sin mayor explicación de su significado, obligando al operador jurídico español a remitirse a la DM/EEP para su correcta interpretación.

Los términos en los que deberían definirse los conceptos de registro e incautación fueron debatidos durante el trámite normativo que culminó con la promulgación de la DM/EEP: Suecia veía problemática su inclusión; Alemania consideraba que correspondía la definición no a registro o embargo, sino a medidas coercitivas en general; Francia y Portugal proponían incluir un considerando que especificase que la definición de registro y embargo era exclusivamente a los efectos de esta decisión marco y no podía invocarse en otros instrumentos; España proponía una definición alternativa para este concepto y Dinamarca consideraba que debería referirse a medidas coercitivas tal y como vengan definidas en la legislación nacional⁵⁹⁶. Para consensuar la negociación se aprobó recoger el considerando interesado por Francia y Portugal, que pasó a ser el número 10 DM/EEP, que aclara que los términos de registro o incautación no deberían invocarse respecto de la aplicación de ningún otro instrumento aplicable entre los Estados miembros, y en particular, del Convenio del Consejo de Europa de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y los instrumentos que lo complementan.

En la LRM el régimen de medidas coercitivas consideramos que está muy deficientemente regulado. No hay un artículo específico que trasponga en España la norma esencial sobre la que debe pivotar todo el instrumento cuando nuestro país reciba el certificado: que corresponderá a la autoridad española de ejecución la elección de las medidas que, con arreglo a la legislación española, garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos solicitados en un exhorto y que sólo a la autoridad española de ejecución le corresponderá decidir si es necesario el uso de medidas coercitivas para prestar esta asistencia. Tampoco hay un precepto que clarifique esto desde la

⁵⁹⁶ Documento 14610/05 de 17 de noviembre de 2005.

perspectiva activa: que la autoridad española no podrá instar la adopción de medidas coercitivas por parte de la autoridad de ejecución de otro Estado miembro para la incautación de estos objetos, documentos o datos. En definitiva, no hay una correcta implementación del artículo 11.2 DM/EEP. Es verdad que esto puede concluirse de la interpretación conjunta de varios preceptos de la LRM, específicamente del artículo 195.3 LRM cuando señala que si el exhorto pudiera ejecutarse a través de varios medios, la autoridad española elegirá el menos restrictivo de la libertad individual o del artículo 198.1 a LRM, que permite denegar la ejecución cuando no sea posible ejecutar el EEP mediante ninguna de las medidas previstas en la legislación nacional española, pero consideramos que esta cuestión es de tal importancia que hubiera merecido una dicción clara y expresa del legislador español.

Como consecuencia final de que en el texto de la DM/EEP no se contemple ya que la autoridad de emisión requiera a la de ejecución para que lleve a cabo medidas coercitivas nos encontramos la supresión de las garantías procesales que la propuesta sí recogía (garantías relativas a la autoincriminación y a los registros domiciliarios). Ahora ya no se intenta una armonización de normas o garantías procesales mínimas. Y ello a pesar de que a través de una enmienda, la número 15, el Parlamento se pronunció a favor de incluir un artículo dedicado a las garantías relativas a la ejecución, cuyo tenor literal coincidía con el texto originario de la propuesta de la Comisión. El texto de la DM/EEP es definitivamente poco ambicioso en este punto, dejando abierta la cuestión de si el resultado obtenido será finalmente admisible en el Estado de emisión. Piénsese, sobre todo, que al no poder exigir la autoridad de emisión la adopción de una medida coercitiva tampoco será fácil indicar qué formalidades deberán respetarse en el hipotético caso de que la autoridad requirente opte por acudir a la coerción, complicando aún más la admisibilidad de la prueba que así se obtenga en el proceso penal seguido en el Estado de emisión.

La supresión de la posibilidad de instar medidas coercitivas por parte de la autoridad de emisión a la de ejecución supone una modificación crucial que afecta a la razón de ser de todo el instrumento en los términos en que venía diseñado en la propuesta de la Comisión. No se entiende, por ejemplo, que resultara tan problemático dilucidar qué autoridades pueden ser emisoras si éstas en ningún caso pueden compeler a coerción en el Estado de ejecución. Hace también que nos cuestionemos en qué medida supone el EEP un avance en relación con los otros mecanismos de cooperación judicial penal internacional que se encontraban vigentes al tiempo de la promulgación de esta decisión marco. Específicamente en relación con el EPYAP constatamos que la única mejora que supone el EEP es que a través de un único instrumento se requiere del Estado de ejecución no sólo la incautación, también la transferencia del elemento probatorio. Esta acumulación de requerimientos, que es posible con el exhorto, estaba vedada en el embargo, que obliga a cursar una solicitud de asistencia convencional para la transferencia. No obstante, como tuvimos ocasión de destacar, en la práctica en ocasiones esta segunda petición ha sido innecesaria, pues las autoridades judiciales de los Estados miembros la admiten como petición complementaria en el propio certificado de EPYAP. Al margen de esto, poco o nada aporta el exhorto, sobre todo porque no permite cursar una petición de investigación simultáneamente a la de incautación de prueba.

1.4.2 Formalidades y procedimientos

Aunque las medidas que resulten necesarias para ejecutar un exhorto se llevarán a cabo conforme a la legislación del Estado de ejecución (art. 11.2 DM/EEP-art. 21.1 LRM) se prevé también que se respeten determinadas formalidades y procedimientos a instancia de la autoridad de emisión. El artículo 12.1 DM/EEP dispone que la autoridad de ejecución observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo que la propia decisión marco disponga lo contrario y siempre que tales formalidades no sean contrarias a los principios fundamentales del Estado de ejecución, añadiendo a continuación, como hemos visto ya, que esto no dará origen a una obligación de adoptar medidas coercitivas.

El considerando 14 DM/EEP ejemplifica a qué tipo de formalidades y procedimientos está refiriéndose el articulado cuando detalla que puede comprender el sellado oficial de un documento, la presencia de un representante del Estado de emisión o el registro de las horas y fechas con vistas a establecer una cadena de pruebas.

La propuesta de la Comisión ya contemplaba esta cláusula, que enlaza por otra parte con la previsión general de aplicación de la *lex fori* que recoge el artículo 4 CUE/2000, por lo que no constituía una novedad. Sí lo era la mención específica a la cadena de custodia que contenía la propuesta en su artículo 13.d) y que literalmente disponía que la autoridad de emisión podía solicitar “que se registre el nombre de las personas que han tenido acceso a las pruebas desde la ejecución del exhorto hasta su traslado al Estado requirente”. En la DM/EEP se elimina esta referencia, cosa que no cabe más que lamentar. Si en la práctica lo único que puede requerir la autoridad de emisión mediante el EEP es la intervención de efectos, parece especialmente importante que se haga referencia expresa a la cadena de custodia como requisito clave para la valoración del efecto intervenido en el proceso para el cual se recaba. No obstante entendemos que, aunque no haya referencia explícita en la DM/EEP a la cadena de custodia, se puede conseguir idéntica finalidad mediante la previsión general del artículo 12.1 DM/EEP de que se respeten procedimientos y formalidades detallados por la autoridad emisora.

Idéntico razonamiento debemos hacer en relación con la confidencialidad, que también estaba prevista en la propuesta y que sin embargo en la DM/EEP se suprime. La supresión a cualquier referencia expresa al carácter reservado o confidencial de la ejecución del EEP supone un cierto retroceso de éste en relación con los instrumentos de asistencia convencional, donde los convenios lo prevén expresamente, siendo incuestionable que la confidencialidad es un elemento clave para el éxito de muchas investigaciones penales. El hecho de que la autoridad de emisión no pueda instar que se mantenga el secreto de las actuaciones (al menos en la medida en que lo permita la correcta ejecución del exhorto) constituirá un claro inconveniente (otro más) que disuadirá a la autoridad emisora de elegir el EEP como mecanismo de cooperación internacional para obtener el objeto, documento o dato que necesite para su proceso penal. Por ello sugerimos que tenga entrada esta posible petición de confidencialidad a través de los procedimientos o formalidades que pueden indicarse expresamente en el certificado.

La DM/EEP, como hemos anticipado, incluye dos salvedades en relación con el respeto a las formalidades y procedimientos por parte de la autoridad de ejecución:

1) La primera es relativa a que la propia decisión marco no disponga lo contrario. Repasando el tenor literal del instrumento no encontramos ninguna plasmación de esta

disposición, por lo que queda vacía de contenido. Nos inclinamos a pensar que es fruto de un excesivo mimetismo del artículo 4 CUE/2000 donde sí tenía sentido que se hiciera constar puesto que en el convenio se regulaban diligencias como las entregas vigiladas o los agentes encubiertos donde sólo tenía entrada la *lex loci*, sin margen a la *lex fori*.

2) La segunda, relativa a que la formalidad o el procedimiento no atente los principios básicos o fundamentales del Estado de ejecución, genera problemas prácticos por la indeterminación del concepto “principios básicos o fundamentales” del Estado de ejecución, que puede quizás equipararse al orden público pero cuya interpretación y manifestación en la práctica puede no ser pacífica.

La determinación de estas formalidades y procedimientos podrá ser clave - a nuestro entender - para la admisibilidad de la prueba. Diferiremos el estudio más detenido de esta cuestión al último de los capítulos de esta investigación. No obstante, adelantaremos ya que la LRM delimita, si bien en términos generales, qué formalidades o procedimientos podrán exigir las autoridades españolas emisoras del EEP. Lo hace en el artículo 191.3 LRM cuando, en su último inciso, destaca que la autoridad española de emisión sólo podrá reseñar como formalidades o procedimientos específicos aquellos cuya vulneración afecte a las garantías esenciales del procedimiento por afectar a derechos fundamentales. Se evita así que cada autoridad exija formalidades de carácter menor, de legalidad ordinaria, que realmente no tengan una especial trascendencia en la admisibilidad de la prueba.

1.4.3 Participación de la autoridad de emisión

Que la autoridad de emisión pueda participar en la ejecución del exhorto en el Estado de ejecución se introdujo en el artículo 9.2 DM/EEP como una posibilidad cuya definitiva materialización queda sujeta al criterio de la autoridad de ejecución. Menciona que será posible siempre que sea “conforme con las disposiciones vigentes”. Esta mención nos hace dudar de a qué disposiciones se refiere, si a la propia legislación del Estado de ejecución (que deberá por tanto detallar cuándo tal presencia es posible y cuándo no) o a la legislación del de emisión (que previsiblemente favorecerá que sus autoridades tengan facultad de desplazarse y estar presentes durante la ejecución del exhorto) o si es necesario que ambas legislaciones recojan y admitan esta posibilidad.

También aquí la propuesta de la Comisión nos parece que merece elogios. El artículo 13 c) permitía a la autoridad de emisión solicitar a la de ejecución que permitiera que una autoridad competente del Estado requirente “o una parte interesada nombrada por el organismo requirente” estuvieran presentes durante la ejecución del exhorto. Dentro de este concepto de parte interesada tenía cabida la defensa, cosa que no puede predicarse de la actual redacción, donde el artículo 9.2 DM/EEP sólo alude a la autoridad de emisión.

La participación de la autoridad de emisión sólo ha sido recogida en la LRM en lo que a la ejecución del EEP en España se refiere (artículo 196.3 párrafo segundo LRM, que menciona al “Estado de ejecución” cuando sin duda debería referirse a sus autoridades). No se ha transpuesto, en consecuencia, el reverso de esta posibilidad: que las autoridades judiciales españolas de emisión soliciten estar presentes durante la ejecución del EEP en otro Estado miembro. De nuevo la deficiente técnica legislativa

utilizada por nuestro legislador deberá ser suplida a través de la interpretación conforme que prevé el artículo 4.3 LRM.

En estos supuestos en los que existe desplazamiento de la autoridad de emisión, mientras permanezca en el Estado de ejecución puede transmitir un exhorto complementario del inicial haciéndolo directamente a la autoridad de ejecución. Esta previsión de la DM/EEP es sin duda loable desde el punto de vista de la eficacia en la persecución del delito, pues redundará en una cooperación más rápida y eficaz, dotando de especial sentido a que la autoridad de emisión se desplace al Estado de ejecución para estar presente en la ejecución. Sin embargo, puede ser objeto también de cierta reflexión crítica, pues este segundo exhorto se emitiría sin participación ni audiencia previa de las partes que pudieran estar personadas en la investigación penal, de modo que éstas no tendrán conocimiento del nuevo exhorto más que a posteriori, cuando el objeto, documento o dato nuevo ya haya sido incautado a instancia del nuevo EEP emitido. Nada podrán por tanto alegar con anterioridad sobre su necesidad ni pedir que su intervención se haga con respeto a determinadas formalidades.

1.4.4 Disposiciones en materia de protección de datos y costes

La admisibilidad de la prueba obtenida por el EEP y las condiciones de su utilización no vienen reguladas con carácter general en la normativa europea; la única excepción es la relativa a los datos personales.

Durante la negociación de la DM/EEP, el Parlamento europeo, a través de la enmienda 32, propuso la inclusión de un nuevo artículo, numerado como 17 bis, destinado a regular la utilización subsiguiente de las pruebas obtenidas a través del EEP. La máxima que sentaba dicho precepto era que la utilización en procedimientos penales posteriores de pruebas obtenidas de conformidad con la DM/EEP no podrá en ningún caso atentar contra los derechos de la defensa. El respeto a éstos últimos se centraba en la admisibilidad de las pruebas, la obligación de entregar dichas pruebas a la defensa y el derecho de la defensa a impugnar las pruebas⁵⁹⁷. Sin embargo, esta enmienda no se incluyó en el texto de la DM/EEP.

A los datos personales se dedica el artículo 10 DM/EEP (coincidente con el art. 194 LRM). Este precepto dispone que los datos personales obtenidos conforme a la DM/EEP podrán ser utilizados por el Estado de emisión para:

- a) Procedimientos para los que el exhorto puede emitirse;
- b) Otros procedimientos judiciales y administrativos relacionados directamente con los anteriores;
- c) Prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública.

Para cualquier otra finalidad distinta sólo podrán utilizarse con el consentimiento previo del Estado de ejecución, a menos que el Estado de emisión haya obtenido el consentimiento de la persona interesada. Se contempla también que en el contexto de un caso particular, el Estado de ejecución exija al Estado de emisión al que le haya remitido los datos personales que proporcione información sobre el uso que haga de ellos. La única excepción a esta regulación es la que se contiene en el artículo 10.3 DM/EEP y que hace referencia a que se trate de datos personales que tengan su origen en el propio Estado que los utiliza.

⁵⁹⁷ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 21 de octubre de 2008, sobre la propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal...cit.

La importancia de los datos personales en la legislación europea ha ido incrementándose paulatinamente con el tiempo⁵⁹⁸. La Carta de Derechos Fundamentales se refiere a la protección de datos personales en el artículo 8, estipulando que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, estando sujeto el respeto de estas normas al control de una autoridad independiente.

Sobre la definición de datos personales, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁵⁹⁹ y la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal⁶⁰⁰, definen éstos como toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»), considerándose identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social [art. 2.a)].

El artículo 10 de la DM/EEP es más restrictivo que la Decisión Marco 2008/977 de protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, puesto que esta norma permite el tratamiento de los datos personales para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales distintas de aquellas para las que se transmitieron o pusieron a disposición [art. 11 a)] sin imponer limitación alguna, a diferencia de la DM/EEP que acertadamente en nuestra opinión exige que estos procedimientos hubieran permitido la emisión del exhorto.

Quedaría por dilucidar qué debemos entender por procedimientos “relacionados directamente” con aquellos en los que puede emitirse el exhorto. Este concepto indeterminado puede ser susceptible de una interpretación más o menos amplia que incluso pueda llegar a desvirtuar el propio sentido de la protección a los datos personales que pretende dispensar este artículo.

El legislador español implementó el artículo 10 DM/EEP a través del artículo 194 LRM, que será objeto de análisis con ocasión del uso en el proceso penal español de la prueba obtenida a través del EEP.

En materia de costes, la DM/EEP no contiene una disposición específica, regulando únicamente la obligación de pagar los daños y perjuicios causados. El artículo 25 LRM establece que los gastos ocasionados en territorio español por la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo serán a cargo del Estado español. Esta será por tanto la disposición aplicable en lo que a España se refiere.

Sobre la obligación de pago de los daños y perjuicios causados, se recoge en la DM/EEP que en los casos en que el Estado de ejecución sea responsable conforme a su

⁵⁹⁸ El 25 de enero de 2012 la Comisión ha propuesto una reforma integral y omnicomprendensiva del tratamiento de datos personales en la Unión Europea, presentando una propuesta de reglamento y de directiva para sustituir a las vigentes hasta el momento. Su texto se puede encontrar en los siguientes documentos: DOC COM (2012)10 final y COM (2012) 11 final, ambos de 25 de enero de 2012.

⁵⁹⁹ DOUE L 281/95 de 23 de noviembre de 2005.

⁶⁰⁰ DOUE L 350/60 de 27 de noviembre de 2008.

legislación de los perjuicios causados a una parte interesada por la ejecución del exhorto, deberá abonar los perjuicios pero tendrá derecho a ser reembolsado por el Estado de emisión en toda la cantidad pagada, salvo que el perjuicio se deba a la conducta del Estado de ejecución (art. 19 DM/EEP). En el mismo sentido el artículo 26 LRM, que establece que el Ministerio de Justicia reclamará al Estado de emisión el reembolso de las cantidades abonadas en concepto de daños y perjuicios salvo que sean responsabilidad exclusiva de España por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o por error judicial.

2. DEFINICIÓN, ÁMBITO Y CONTENIDO DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

2.1 Definición y ámbito de la orden europea de investigación

Como venimos repitiendo, la delimitación del ámbito de los instrumentos jurídicos para la obtención de prueba penal transfronteriza es una característica clave de estos mecanismos de cooperación, hasta el punto de convertirse en su característica definitoria y la que justifica a la postre la promulgación de sucesivas normas europeas sobre esta materia. Inspirado en esa filosofía, desde las primeras negociaciones de la D/OEI se hizo énfasis en que el objetivo era simplificar el trabajo de los prácticos en la obtención de prueba transfronteriza. Para lograrlo, además de racionalizar el uso de causas de denegación, el enfoque de su ámbito debería centrarse *en las medidas de investigación a realizar*, no en la prueba que con ellas se pretendiera obtener⁶⁰¹. Esta delimitación de su ámbito por la medida, no por el resultado, suponía una visión novedosa, que difería notablemente del acercamiento a esta materia que se habría realizado en los anteriores instrumentos de reconocimiento mutuo que incidían en la obtención de prueba. Así se plasma en el considerando 10 D/OEI - que expresamente declara que la OEI debe centrarse en la medida de investigación que vaya a llevarse a cabo- y en la propia definición que de la OEI ofrece el artículo 1 D/OEI, cuando dice que la orden europea de investigación es una resolución judicial, emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro con vistas a obtener pruebas con arreglo a la directiva.

Ahora bien, debemos reparar en el hecho de que la D/OEI no define qué debemos entender por medida de investigación. Durante la negociación la Comisión propuso que se hiciera constar una definición de este concepto⁶⁰², que finalmente no prosperó. Consideramos que hubiera sido deseable que sí se hubiera definido qué entendemos por “medida de investigación”⁶⁰³, pues será el concepto neurálgico sobre el que asentará

⁶⁰¹ Documento 11842/10 de 8 de julio de 2010.

⁶⁰² Documento 13822/10 de 21 de septiembre 2010.

⁶⁰³ En el mismo sentido SAYERS, que incide en que también tendría que marcarse una línea distintiva clara entre cooperación policial y judicial, cfr. SAYERS, D., “The European Investigation Order. Travelling without a roadmap”, *Centre for European Policies Studies CEPS*, 2011; también AGUILERA que destaca que la falta de una noción común respecto de estas medidas poco o nada contribuye a la aproximación legislativa en una materia de contenido y alcance tan dispar, cfr. AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2012. Por su parte, el Consejo de la Abogacía Europea, en el documento “Comentarios desde CCBE sobre la propuesta de Orden Europea de Investigación” destaca que la falta de definición de qué debemos entender por “medida de investigación” genera incertidumbre sobre la base jurídica en la que debe basarse la propuesta. Y ello porque las cuestiones operacionales de mantenimiento del orden van más allá del principio de reconocimiento mutuo, la regla de voto no será la mayoría cualificada sino la unanimidad

toda la regulación. Una correcta definición hubiera permitido además más precisión terminológica, de modo que fuera posible distinguir cuándo se trata de una medida con finalidad de investigar o cuándo de una medida para el aseguramiento cautelar, como las reguladas en el artículo 32 D/OEI, pues ambas modalidades se comprenden en la D/OEI. Más aún, hubiera sido necesario que la directiva definiera qué debemos entender por “medidas de investigación coercitivas”. El carácter coercitivo o no de las medidas determina un régimen de sustitución y de denegación de la ejecución muy distinto, de ahí la importancia de contar con un concepto claro de coerción en la norma europea que, sin embargo, no proporciona definición alguna sobre este particular.

Otra característica clave de la delimitación del ámbito de aplicación de la D/OEI es el hecho de que esta norma pretenda cubrir en la medida de lo posible la obtención de todos los tipos de prueba. En palabras del considerando 8, su ámbito será horizontal, se aplicará en consecuencia a todas las medidas de investigación. Pero abarcar todas las medidas implica aglutinar en un único instrumento jurídico medidas de muy distinta naturaleza, y ello justifica ya desde la propuesta una doble aproximación normativa: junto al régimen general, aplicable a todas las medidas reguladas en la D/OEI, se regula también un régimen especial, aplicable sólo a ciertas medidas que vienen singularizadas en el texto. Este régimen específico supondrá en ocasiones una regulación más detallada, pero en aquellas cuestiones que generan controversia entre los Estados miembros la especificidad implicará una auténtica derogación del régimen general.

Aunque el enfoque omnicompreensivo sí puede calificarse como pacífico desde los comienzos de la negociación de la D/OEI, lo cierto es que otras materias propias de su ámbito no lo fueron tanto. Algunas delegaciones consideraban que debería ser ampliado, específicamente cubriendo no sólo medidas de investigación sino también otras formas de cooperación legal mutua, como el envío y notificación de documentos procesales. Se concluyó, sin embargo, que el objetivo de la nueva directiva no era suprimir completamente la asistencia legal mutua y que incluir el traslado de documentos complicaría la OEI, afectaría a su eficacia y la haría menos comprensible, razones todas ellas por lo que esta propuesta no prosperó.

Los debates sobre el ámbito en los órganos preparatorios del Consejo permitieron sentar los siguientes principios, que inspirarían la negociación y, una vez promulgada, también la D/OEI:

1. La orden europea de investigación abarca también la prueba que ya está en posesión de la autoridad de ejecución (expresamente se consagró así en el artículo 1 párrafo segundo D/OEI).
2. Incluye toda medida de investigación tendente a la obtención de prueba al margen de la fase del procedimiento (por tanto, también durante el juicio oral, cuestión que se recogió en el considerando 25 de la D/OEI)
3. Sólo es de aplicación a la cooperación judicial y no a la policial (lo cual se deduce de la base jurídica en la que se apoya la D/OEI)
4. Incluye otro tipo de medidas que no son medidas de investigación. Nos referimos a las medidas cautelares previstas en el artículo 32 D/OEI.

Somos de la opinión de que el principio de aplicabilidad de la OEI a cualquier fase del procedimiento penal - también la de enjuiciamiento - por su importancia debería haber tenido reflejo en el texto articulado, no sólo en los considerandos. Del modo en que ha

(art. 89 del Tratado de Lisboa) del Consejo en consulta con el Parlamento Europeo. En consecuencia, sin definición apropiada se duda de que la base legal de la propuesta sea suficiente.

quedado plasmado – sólo en el considerando 25- puede pasar desapercibido para el operador jurídico nacional o para el legislador nacional de implementación, cuando es una cuestión de singular importancia que no se colige fácilmente de una primera lectura del texto.

Así, por ejemplo, la posibilidad de oír a un testigo o a un perito por videoconferencia durante la fase de enjuiciamiento es una medida que tiene cabida en la D/OEI, que será muy habitual en la aplicación práctica del instrumento y que, sin embargo, difícilmente puede entenderse que es *de investigación* pues tendría lugar durante el plenario.

En idéntico sentido, pasa desapercibido el principio de que la D/OEI no se aplicará a la cooperación policial y administrativa. De este enunciado apreciamos plasmaciones concretas en el texto normativo, pero hubiera sido deseable su proclamación expresa para que el ámbito del instrumento ganara en claridad. Sobre todo porque se propicia la confusión a la vista del tipo de procedimientos en los que puede emitirse la OEI (también procedimientos administrativos, aunque con ciertas singularidades).

Sentado el principio general que rige la OEI de abarcar cualquier medida de investigación relativa a cooperación judicial en cualquier fase del procedimiento no puede dejar de destacarse que también tiene dos importantes exclusiones: los EECCII y la vigilancia transfronteriza.

a) Equipos Conjuntos de Investigación

El artículo 3 D/OEI, tras proclamar que el ámbito de aplicación de la OEI comprenderá todas las medidas de investigación, recoge la excepción a esta regla: no será de aplicación a la creación de un equipo conjunto de investigación y tampoco a la obtención de pruebas en dicho equipo, salvo a efectos de que necesite asistencia de un Estado miembro que no forme parte del equipo, en cuyo caso las autoridades competentes del Estado en el que actúe el ECI podrán formular la petición de asistencia a las autoridades competentes del otro Estado afectado de conformidad con los instrumentos o disposiciones aplicables⁶⁰⁴, comprendiendo también, por tanto, la OEI.

La exclusión de los equipos conjuntos de investigación del ámbito de la D/OEI procede ya de la propia iniciativa⁶⁰⁵. El informe explicativo hacía hincapié en que la puesta en marcha del equipo conjunto de investigación conlleva alcanzar un consenso sobre el acuerdo de constitución, por lo que se considera que no tiene sentido arbitrar mecanismos de reconocimiento mutuo sobre este particular. Asimismo dice que el funcionamiento del equipo está caracterizado por la libertad de circulación del material probatorio dentro del mismo, haciendo por tanto innecesario que tenga que acudir a un instrumento como la OEI para la obtención de prueba en el territorio de uno de los Estados que conforman el equipo.

Sin embargo, no todos los Estados miembros compartieron esta idea. Singularmente Finlandia⁶⁰⁶ que propuso reconsiderar esta exclusión, que se mantuvo al entender los demás Estados miembros que el sistema de obtención de prueba dentro de un

⁶⁰⁴ A esto se refiere el artículo 1.8 de la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo y el artículo 13.8 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del año 2000, que aparecen citados por su numeración en el artículo 3 D/OEI.

⁶⁰⁵ No era la única exclusión, sin embargo, que recogía la iniciativa. También algunas formas de interceptación de telecomunicaciones que, sin embargo, fueron finalmente reguladas expresamente en la D/OEI dentro del capítulo de medidas de investigación específicas. Documento 10749/2/11 REV 2 de 8 de junio de 2011.

⁶⁰⁶ Documento 12862/10 de 30 de agosto.

ECI difería del previsto en la directiva, por lo que su regulación en un mismo instrumento jurídico no era procedente.

En opinión de BACHMAIER es apropiado que los equipos conjuntos de investigación hayan quedado excluidos de la D/OEI. Para ello aduce varias razones, como que los principios que rigen la creación del equipo conjunto de investigación se basan en la autonomía de la voluntad de los Estados miembros implicados, no en el reconocimiento mutuo, como en la OEI. Además, un ECI puede involucrar también a terceros Estados que no sean miembros de la UE y su mecanismo de cooperación, su modo de operar, su fundamento y su ámbito de aplicación son distintos⁶⁰⁷.

Compartimos sólo parcialmente esta opinión y las razones que llevaron a la exclusión de los equipos del ámbito de la D/OEI. A nuestro juicio habría que haber distinguido entre la constitución del ECI y la obtención de prueba dentro de él una vez constituido.

Como tuvimos ocasión de exponer en el capítulo II, una vez constituido el ECI las comisiones rogatorias y los instrumentos de reconocimiento mutuo devienen innecesarios. Las autoridades que conforman el equipo recabarán prueba para una única investigación, la propia y la seguida en el otro Estado miembro, por lo que tiene pleno sentido que la obtención de prueba dentro del ECI quede excluida de la D/OEI. En la misma línea BACHMAIER describe gráficamente como la transmisión de información dentro de un ECI se realiza por los propios miembros del equipo investigador y serán éstos los que sobre la marcha indiquen qué requisitos deben cumplirse en el Estado de ejecución para que lo incautado tenga eficacia probatoria conforme a la *lex fori*⁶⁰⁸.

Es también lógico que se recoja la salvedad de que sí será de aplicación la OEI en relación con la obtención de prueba que los integrantes del ECI necesiten en otro Estado miembro que no forma parte del mismo, pues no tendría sentido penalizar a los integrantes del ECI excluyendo que puedan acudir a los instrumentos de reconocimiento mutuo para recabar prueba que se encuentre en un Estado distinto.

Discrepamos, sin embargo, en lo que a la propuesta de constitución del ECI se refiere. El fundamento de la exclusión, como hemos apuntado en líneas anteriores, es que no puede ser objeto de reconocimiento mutuo la creación de un equipo conjunto de investigación, sino que debe ser fruto del consenso. Cuando las autoridades responsables de la investigación penal deciden constituir un ECI valoran diversas cuestiones, como el propio estado de la investigación, su complejidad, la necesidad de coordinar la estrategia investigadora con autoridades de otros Estados miembros o el volumen de peticiones de asistencia judicial que deberán cursar. Esta valoración corresponde a las autoridades judiciales investigadoras incluso aunque necesiten la autorización ministerial para la constitución del ECI (pero especialmente en España cuando por constituirse en el seno de la Audiencia Nacional no se necesita autorización del Ministerio de Justicia o en aquellos Estados miembros donde la autorización del Ministerio no se recaba en ningún caso). Esta valoración puede conducir a la conclusión de que acudir a esta técnica del ECI es beneficiosa para la instrucción o puede arrojar la conclusión contraria; todo depende, en definitiva, de que se alcance o no consenso entre las autoridades judiciales implicadas, que son las que a la postre discuten los detalles de su constitución. Por eso pudiera entenderse que si se incluyera en la OEI se estaría

⁶⁰⁷ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 36, 2015.

⁶⁰⁸ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 36, 2015.

prescindiendo de la necesidad de alcanzar este acuerdo. Pero lo cierto es que el consenso es imprescindible para otras diligencias de investigación sí previstas en el ámbito de la D/OEI. Nos referimos concretamente a las investigaciones encubiertas. Como tendremos ocasión de analizar en las próximas páginas, el artículo 29 D/OEI regula la posibilidad de que la D/OEI incluya la infiltración de agentes del Estado de emisión en el Estado de ejecución. Y esta medida se condiciona a que ambas autoridades consensuen las disposiciones relativas a las investigaciones encubiertas, de modo que, de no lograrse el acuerdo, la OEI se puede denegar. Pues bien, consideramos que esta misma posibilidad se podría haber arbitrado para la constitución de los EECCII y que no haberlo hecho deja innecesariamente fuera del ámbito de la directiva una técnica especial de investigación que, cada día más, resulta crucial en la lucha contra el crimen organizado en Europa.

b) Vigilancia transfronteriza

Aunque no se menciona expresamente en el articulado de la D/OEI, existe una segunda exclusión del ámbito de la orden europea de investigación. Nos referimos a la previsión reflejada en el considerando 9 D/OEI cuando declara que la D/OEI no se aplicará a la vigilancia transfronteriza a la que se refiere el CAAS/1990. Esta exclusión venía ya como tal en la propuesta, pero con referencia explícita al artículo 40 del convenio citado.

La razón no es otra que el hecho de que esta medida se considera propia de la cooperación policial y, por tanto, debe quedar al margen de la orden. Es una de las manifestaciones del principio antes aludido de que la D/OEI no será de aplicación a otro tipo de cooperación que no sea propiamente cooperación judicial penal. Este principio, como apuntamos *supra*, debería haberse recogido expresamente en el articulado de la D/OEI entre otros motivos para entender mejor esta exclusión. Pero incluso aunque se hubiera recogido en el articulado, vaticinamos que esta exclusión generará problemas en la práctica.

Decimos esto porque la vigilancia no es siempre, o no es necesariamente, una medida estrictamente policial. Concretamente, si la vigilancia utiliza dispositivos técnicos de seguimiento y localización (como ocurrirá frecuentemente) para que pueda llevarse a cabo en España es imprescindible la autorización judicial. La reciente reforma de la LECrim - operada por la LO 13/2015- ha introducido precisas reglas sobre este particular mediante normas comunes a esta y otras técnicas: artículo 588 bis a (que exige que la autorización se dicte con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad), 588 bis c (que especifica que la resolución adoptará la forma de auto motivado, que es preceptivo oír previamente al Ministerio Fiscal, así como que el auto autorizante concrete una serie de extremos⁶⁰⁹), 588 bis e (que exige auto para su prórroga), 588 bis g (que somete al juez el control de los resultados de la medida) y mediante normas específicas: artículo 588 quinquies b (que regula la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización detallando que el auto deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado; también que cuando razones de urgencia hagan razonablemente temer que de

⁶⁰⁹ Específicamente, el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida; la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado conocido; la extensión de la medida de injerencia; la unidad investigadora de policía judicial que se hará cargo de la intervención; la duración de la medida; la forma y la periodicidad con la que el juez deberá ser informado y la finalidad perseguida.

no colocarse inmediatamente el dispositivo se frustrará la investigación la Policía Judicial podrá proceder a su colocación dando cuenta al juez a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo máximo de 24 horas, pudiendo la autoridad judicial ratificar la medida o acordar su inmediato cese, señalando el precepto que en este último caso la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso).

Consecuentemente, si la vigilancia con dispositivos técnicos se prevé que va a realizarse cruzando fronteras será la autoridad judicial española la que deberá solicitar la autorización a las autoridades competentes del otro Estado miembro pues esta vigilancia transfronteriza ha dejado de ser policial para convertirse en una técnica judicial más de investigación. Al hilo de lo que exponíamos, en principio no podrá hacerlo a través de la OEI, por excluir el considerando 9 D/OEI estas vigilancias del ámbito de este nuevo instrumento. No obstante, defendemos aquí la posibilidad de intentarlo al entender que la exclusión se refiere a una técnica de cooperación policial que no comparte ya las características de la nueva vigilancia que ha configurado el legislador español con la reforma de la LECrim.

2.2 Regulación específica de algunas medidas comprendidas dentro del ámbito de la orden europea de investigación

La D/OEI dedica tres capítulos a regular específicamente determinadas medidas. Nos referimos al capítulo IV, que lleva por rúbrica disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación, al capítulo V, relativo a intervenciones telefónicas y al VI, que regula medidas cautelares. Pero la sistemática de la D/OEI en este punto presenta ciertas incongruencias. Dentro del capítulo IV se regulan cuestiones, como el traslado de detenidos, que no son medidas de investigación y sin embargo quedan fuera del mismo las intervenciones telefónicas, que sí lo son y que en puridad deberían haberse incluido en ese capítulo y no en un capítulo propio.

El considerando 24 D/OEI justifica la existencia de esta regulación especial al señalar que si bien la OEI establece un régimen único para la obtención de pruebas, resultan no obstante necesarias unas normas adicionales para determinados tipos de medidas. Pero al margen de la justificación de la dualidad de régimen, los artículos o los considerandos de la D/OEI no explicitan los motivos últimos de esta distinción, el por qué era necesario hacerla. Sólo para el supuesto de las investigaciones que impliquen la obtención de prueba en tiempo real el considerando citado- el 24 – alude a que resulta necesario que los Estados de emisión y de ejecución puedan acordar entre sí disposiciones prácticas que permitan dar cabida a las diferencias existentes entre sus derechos internos en relación con este tipo de medidas de obtención de prueba en tiempo real. Pero esta misma razón sería predicable de algunas otras técnicas de investigación, como las investigaciones encubiertas, que entendemos también deberían haber sido mencionadas. Por otra parte, las razones podrían ser otras, como ampliar las causas de denegación ante la característica singular de la medida – el traslado de penados, por ejemplo, que permite valorar el consentimiento de éste-. Hubiera sido deseable que una mayor explicación al respecto se recogiera en los considerandos.

Esta justificación, sin embargo, la encontramos tras el estudio de los trabajos realizados en los órganos preparatorios del Consejo, donde sí se vislumbra que el propósito que inspiró toda la negociación sobre la regulación especial de medidas de investigación fue combinar adecuadamente la flexibilidad de los mecanismos de asistencia convencional con las características propias de los instrumentos de

reconocimiento mutuo, pero siempre teniendo como punto de referencia las normas convencionales y muy singularmente el CUE/2000 y el P/CUE/2001.

Procederemos a continuación al estudio detallado de estas previsiones específicas de la D/OEI para determinadas medidas de investigación⁶¹⁰, así como a la comparación de esta regulación con los mecanismos convencionales de asistencia que hasta el momento han regido la obtención de prueba a través de estas medidas. Se diferirá a un momento ulterior – concretamente al capítulo dedicado a la ejecución de la OEI - el análisis de las causas de denegación previstas con carácter singular para cada una de ellas, de modo que su estudio se aborde tras el análisis de las causas generales de denegación.

2.2.1 Traslado temporal de detenidos con el fin de llevar a cabo una medida de investigación

De la regulación de la D/OEI relativa al traslado de detenidos con el fin de llevar a cabo una medida de investigación la primera puntualización que debe hacerse es que por detenido debemos entender, a estos efectos, tanto el que se encuentre privado de libertad por haber sido decretado su ingreso en prisión preventiva como el penado que se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad. Una mayor precisión terminológica recomendaría referirnos en ambos casos al privado de libertad, pero por claridad expositiva seguiremos utilizando la terminología de la D/OEI, que como anticipábamos engloba ambos casos bajo el término “detenido”.

La segunda observación necesaria a efectos expositivos hace referencia a la naturaleza de esta medida, que apuntábamos con ocasión de la crítica a su ubicación sistemática. El traslado en sí no es una diligencia de investigación. El traslado del detenido es una actuación previa a la actividad investigadora. Ésta consistirá, por ejemplo, en su declaración como imputado o como testigo, su participación en una rueda de reconocimiento o en un registro domiciliario para el que su presencia es necesaria. De hecho así se desprende de la propia rúbrica de estos artículos que se refieren al traslado temporal “con el fin de llevar a cabo una medida de investigación”, lo que desde luego implica que el traslado en sí es una actividad previa. Pensamos, por eso, que hubiera merecido estar regulado en un capítulo independiente.

El traslado temporal del detenido se regula en la D/OEI mediante dos únicos artículos, el 22 y el 23, que combinan un doble criterio: dónde *se encuentra el detenido* y dónde *se practicará la diligencia de investigación*.

Los matices diferenciadores entre los supuestos regulados en ambos son de escasa entidad. Esta similitud hizo que durante la negociación del instrumento se planteara la conveniencia de fundir ambos artículos en uno solo⁶¹¹, cuestión que entendemos hubiera sido preferible.

⁶¹⁰ Las medidas de investigación para las que la D/OEI establece disposiciones específicas no nos parece completa. Significativo es el caso de las entradas y registros domiciliarias. Es, sin duda, una de las diligencias de investigación más frecuentes en la cooperación penal internacional. Por otra parte, viene regulada de manera muy diversa en los diferentes Estados miembros y es obvio que afecta a derechos fundamentales. Nos parece, en consecuencia, que hubiera merecido un artículo específico en la D/OEI. Esta medida, sin embargo, se regirá por las reglas generales dado que nada específico en relación con ella se contiene en la directiva.

⁶¹¹ Documento 13224/11 de 13 de septiembre de 2011.

Es importante tener presente que en ambos casos la diligencia de investigación abarca tanto los casos en los que el trasladado participe en la misma en condición de testigo como aquellos en los que lo haga como investigado, sin que haya una diferente regulación en la D/OEI por ese motivo. También debe partirse de la premisa que el consentimiento del trasladado tiene relevancia, pues su ausencia puede dar lugar, facultativamente, a denegar la OEI.

El artículo 22 D/OEI se refiere al supuesto de que el detenido está en el Estado de ejecución y es preciso su traslado temporal al Estado de emisión porque en éste se practicará una medida de investigación que requiere su presencia. Este caso venía ya regulado en el artículo 11 del CCE/1959, del que la regulación de la directiva es en gran medida tributaria, por ejemplo en lo que a causas de denegación se refiere, aunque con importantes avances, como analizaremos.

Ejemplo de este supuesto sería que la presencia del privado de libertad en Alemania sea necesaria en España para que forme parte de una rueda de reconocimiento en virtud de un proceso penal que nuestras autoridades judiciales sigan contra él. O bien que ese mismo detenido en Alemania por una causa seguida contra él en ese país sea requerido en España para que declare como testigo y reconozca en rueda al presunto autor de un hecho del que fue víctima mientras estaba en nuestro país.

Por el contrario, el artículo 23 D/OEI prevé el caso en el que el detenido se encuentra en el Estado de emisión y debe ser trasladado para estar presente en la medida de investigación que, siendo necesaria para el proceso penal que se sigue por sus autoridades, debe realizarse en el territorio del Estado de ejecución. Esta posibilidad venía regulada en el artículo 9 CUE/2000.

En el informe explicativo de la propuesta se ejemplifica de manera un tanto desafortunada este supuesto, pues señala que puede darse, por ejemplo, cuando el detenido en el Estado de emisión debe ser trasladado al de ejecución porque allí se encuentra el lugar del crimen. Parece un ejemplo un tanto forzado porque lo habitual sería que, en este caso, el Estado competente para conocer de este hecho delictivo no sea el de Emisión sino, por aplicación de la máxima de territorialidad en materia de jurisdicción, lo sería el de Ejecución, de modo que no resulta un ejemplo fácil de entender al presuponer que la atribución de jurisdicción viene dada por criterios como el de la personalidad activa o pasiva, cuestión ésta no tan frecuente en la práctica.

Otros ejemplos entendemos que resultan más gráficos, como que sea necesario que el detenido en España deba someterse a una rueda de reconocimiento para el que la víctima – que se encuentra en el Estado de ejecución - no puede desplazarse al Estado de emisión.

A nuestro entender, con esta regulación olvida la D/OEI una tercera posibilidad: que haya tres Estados implicados, el de emisión – que conoce del proceso penal – el de ejecución – donde debe practicarse la concreta diligencia de investigación para la que es precisa la presencia del detenido – y el Estado que mantiene a éste privado de libertad. En este supuesto la autoridad del Estado donde se sigue el proceso penal emitiría la OEI con la finalidad de que el Estado que lo tiene privado de libertad autorizara que se traslade al detenido a un tercer Estado de la UE por ser en el territorio de éste donde se debe practicar la diligencia de investigación -por ejemplo, por estar allí el domicilio que se quiere registrar en su presencia-. Este caso, no regulado en la D/OEI, no nos parece que resulte tan infrecuente en la práctica. Hubiera sido deseable su mención, pues serán

entonces tres -y no solamente dos - las autoridades que deberán coordinarse y consensuar el traslado del detenido a efectos de recabar prueba⁶¹².

Pero volviendo a la D/OEI, de los artículos 22 y 23 D/OEI se extraen las siguientes características de la regulación del traslado de detenidos a fin de recabar prueba:

- * La autoridad del Estado que haya acordado la privación de libertad de la persona trasladada será la que decidirá si la privación de libertad se mantiene durante el tiempo que dure el traslado o si se levanta, acordando entonces su puesta en libertad (art. 22.6 D/OEI)

- * El tiempo de detención que transcurra fuera del Estado que acordó la privación de libertad se deducirá del periodo de privación de libertad a que deba estar sometido en ese Estado (art. 22.7 D/OEI)

- * Deberá ser objeto de acuerdo entre las autoridades del Estado de emisión y de ejecución las disposiciones prácticas relativas al traslado temporal del detenido, las condiciones de su detención y las fechas de entrada y salida de los respectivos territorios. Para alcanzar este acuerdo deberá tenerse en cuenta la condición física y mental de la persona de que se trate, así como el nivel de seguridad requerido en el Estado al que se desplace (art. 22.5 D/OEI).

- * La persona trasladada gozará de inmunidad, de modo que no podrá ser perseguida, detenida o sometida a cualquier restricción de su libertad personal en relación con actos o condenas anteriores a su salida del otro Estado que no estén especificados en la OEI. Esta inmunidad cesará, sin embargo, cuando la persona trasladada, habiendo tenido la oportunidad de regresar durante un periodo de quince días consecutivos desde la fecha en que su presencia ya no era exigida, haya permanecido en ese territorio o, tras haberlo abandonado, haya regresado a él (art. 22.8 y 9 D/OEI).

- * Los gastos del traslado entre Estados serán sufragados siempre por el Estado de emisión. Sólo aquellos que tengan lugar exclusivamente en el territorio del Estado de ejecución serán a cargo de éste, con la posibilidad de consensuarlos si son excepcionales (art. 22.10 D/OEI que se remite al art. 21 D/OEI).

Al hilo de las dos primeras características únicamente cabe destacar su completa lógica: sólo las autoridades que acordaron la privación de libertad del detenido son responsables de su mantenimiento o de su puesta en libertad y el tiempo que el detenido esté privado de libertad computa cualquiera que sea el territorio de la UE en el que se encuentre⁶¹³.

⁶¹² En el artículo 22.4 D/OEI sí se menciona un tercer Estado que puede entrar en liza con ocasión del desplazamiento del detenido para recabar prueba, pero a otros efectos, el mero tránsito por su territorio, limitándose la D/OEI a prever que se autorice el paso del detenido previa petición y tras acompañar toda la documentación necesaria.

⁶¹³ Así lo ha consagrado también el legislador europeo en el artículo 26 DM/OEDE y el español en relación con este mismo instrumento en el artículo 45.1 LRM en el caso de la detención para el ejercicio de acciones penales (“La autoridad judicial española deducirá del período máximo de prisión preventiva cualquier período de privación de libertad que haya sufrido el reclamado derivado de la ejecución de una orden europea de detención y entrega”) y en el artículo 45.2 LRM si la detención tiene como finalidad el cumplimiento de pena (“La autoridad judicial española deducirá del período total de privación de libertad que haya de cumplirse en España como consecuencia de una condena a una pena o medida de seguridad privativa de libertad, cualquier período de privación de libertad derivado de la ejecución de una orden europea de detención y entrega”).

Merece especial atención la exigencia de acuerdo entre las autoridades como condición imprescindible para materializar esta medida. Nos parece lógico que exista esta previsión, pero debemos destacar que no se regulan las consecuencias jurídicas de que el acuerdo no se alcance. La propuesta sí recogía como causa de denegación para el traslado al Estado de ejecución del detenido que se encontrara en el territorio del Estado de emisión que no se llegue a un acuerdo entre las autoridades respectivas en relación con los aspectos prácticos de la entrega temporal. Esta previsión fue suprimida durante la negociación de la directiva, donde se consideró que si bien esta falta de acuerdo podría ser una causa de denegación para medidas como los agentes encubiertos, no debería serlo para diligencias como el traslado de detenidos ahora analizadas. Pero si no constituye una causa de denegación de la ejecución de la OEI no resulta claro cómo se resuelve la controversia y qué tipo de resolución debe dictar la autoridad de ejecución que debe pronunciarse sobre la OEI que ha recibido y que no puede ejecutar por falta de consenso.

Analicemos ahora la relación entre esta medida de traslado de detenidos en la D/OEI y la que se contiene en otros instrumentos de reconocimiento mutuo, concretamente en la DM/OEDE. Venimos denunciando reiteradamente en estas páginas la falta de interrelación entre las diferentes normas de la UE reguladoras de instrumentos de reconocimiento mutuo. El caso que nos ocupa ahora es un ejemplo paradigmático:

1) Los supuestos de cesación de la inmunidad en uno y otro instrumento son diferentes. El artículo 27 DM/OEDE contempla que cese la inmunidad si la infracción no es punible con una pena o medida de seguridad privativa de libertad [art. 27.3b) DM/OEDE] o cuando lo persona la consienta renunciando al principio de especialidad [art. 27.3.e) y f) D/OEDE] o cuando lo haga la autoridad de ejecución [art.27.3.g) DM/OEDE]. Consideramos que deberían haberse tenido en cuenta estos supuestos en la D/OEI, unificando el tratamiento de la inmunidad del detenido en ambos instrumentos.

2) Desde el punto de vista conceptual, pero también práctico, hay que destacar también otra importante diferencia entre la OEDE y la OEI en los casos en que el reclamado está ya previamente privado de libertad en el Estado de ejecución. La emisión de la OEDE exige que el detenido tenga también la condición de imputado o condenado en el proceso penal seguido en el Estado de emisión, pues sólo así es posible que se pueda dictar contra él una OEDE (en el caso español, además, deberán cumplirse los requisitos del art. 39 LRM). La emisión de la OEI, sin embargo, permite la posibilidad de que el detenido en el Estado de ejecución ostente la condición de testigo en el proceso seguido ante el Estado de emisión, siendo necesario su traslado, por ejemplo, para oírle en declaración testifical durante el plenario o para someterle a un careo. Este supuesto de traslado de testigos privados de libertad no quedaría amparado por la OEDE, que nunca podría emitirse contra un testigo, y sí tiene cabida en la OEI (aunque quizás para testigos será más frecuente que declaren por videoconferencia, sin necesidad por tanto de trasladarlos de un Estado a otro).

3) Otra manifestación patente, en nuestra opinión, de cómo el legislador europeo ha ido promulgando los diferentes instrumentos descoordinadamente, sin interrelacionarlos en modo alguno, es el hecho de que en los preceptos dedicados al traslado de detenidos no se haga referencia alguna a la DM/OEDE. De este modo, en una primera lectura no se distingue con claridad cuándo debe acudir a la D/OEI y cuando a la DM/OEDE cuando la persona reclamada por el Estado de emisión está también privada de libertad por otro motivo en el Estado de ejecución.

Es en el considerando 25 donde se menciona expresamente que si el traslado a otro Estado miembro de la persona detenida tiene como finalidad *enjuiciarle* deberá acudir a la OEDE y no a la OEI. De lo que colegimos que esta medida específica de traslado de detenidos es una excepción al principio general de que la D/OEI se aplica a todas las fases del proceso, incluso a la vista. Sin embargo, queda la duda de qué instrumento sería el aplicable si la entrega del detenido se solicita exclusivamente para su declaración durante la instrucción, pues lo cierto es que el traslado temporal del detenido está también previsto en el artículo 18 DM/OEDE sin que ese precepto exija que estemos en fase de enjuiciamiento, sólo que se trate del ejercicio de acciones penales (que abarca, como es lógico, la fase de investigación también). Nos inclinamos a pensar que para la fase de instrucción será aplicable la D/OEI, o al menos que lo será también, pudiendo la autoridad emisora elegir entre ambos instrumentos. Pero esta cuestión, que entendemos es de importancia práctica trascendental, no queda a nuestro juicio suficientemente clara en el texto de la D/OEI y hubiera merecido una previsión más detallada en el articulado y no sólo - y parcial- en los considerandos.

En cualquier caso nos parece crucial que en la legislación española de implementación quede suficientemente claro de la lectura del articulado cuando debe acudir a uno o a otro instrumento, de otro modo el operador jurídico fácilmente confundirá el traslado de detenidos de la OEI con la detención y entrega del título II LRM.

El traslado de detenidos, por otra parte, estaba también regulado en la asistencia convencional – como vimos en el capítulo I -; conviene así que nos preguntemos qué supone la regulación de la D/OEI en lo que al traslado de detenidos concierne.

El traslado temporal del detenido al Estado de ejecución (art. 23 D/OEI) es bastante fiel al artículo 9 CUE/2000, sin que apreciemos diferencias sustanciales en este caso.

Pero una conclusión diferente extraemos en relación con la regulación del traslado temporal del detenido al Estado de emisión. Una comparación entre el artículo 22 D/OEI y los mecanismos tradicionales permite concluir que el instrumento de reconocimiento mutuo ahora promulgado supone un auténtico avance para la cooperación internacional entre las autoridades de un mismo espacio europeo. Esto se manifiesta, entre otros, en la unificación del régimen cualquiera que sea la condición del trasladado en el proceso penal seguido en el Estado de emisión. En vía convencional, concretamente en el CCE/1959, sólo podría trasladarse a quien tuviese la condición de testigo en el proceso seguido en el otro Estado, ahora, como hemos destacado, cabe también para imputados (con la salvedad ya mencionada de que se trate de un detenido requerido para enjuiciamiento, que sería aplicable la OEDE). También en que desaparecen causas de denegación de la asistencia que se encontraban formuladas en términos excesivamente amplios en el CCE/1959 (se hablaba de “razones imperiosas” que se opongan al traslado) y las materias sobre las que debe haber consenso vienen formuladas con mayor claridad y precisión en la directiva.

2.2.2 Comparecencia por medios técnicos

La D/OEI regula esta medida de investigación en dos preceptos que obedecen a la distinción entre dos tipos de medios técnicos: por una parte la videoconferencia y otros medios de transmisión audiovisual (art. 24 D/OEI) y por otra los medios telefónicos (art. 25.1 D/OEI). Una diferencia clave entre ambas modalidades es que si bien la

videoconferencia está prevista para cualquier declaración, la comparecencia telefónica se limita a testigos y peritos, excluyendo al imputado y al acusado.

La distinción tomando como criterio el medio técnico utilizado sigue lo recogido en los artículos 10 y 11 del CUE/2000. La diferenciación entre videoconferencia y audición telefónica es por tanto clásica desde los mecanismos de asistencia legal mutua de carácter convencional. Nos parece que mantenerla en la D/OEI es acertado para garantizar que el testimonio del imputado o acusado se presta en condiciones óptimas para valorarlo debidamente, que desde luego exigen algo más que la transmisión del sonido. El teléfono queda así reservado sólo a testigos y peritos y en supuestos excepcionales, como se infiere del artículo 25 D/OEI cuando exige examinar la posibilidad de utilizar otros medios adecuados antes de emitir la OEI para la comparecencia telefónica.

La propuesta inicial se refería únicamente a la videoconferencia y a la comparecencia telefónica, siendo durante la negociación de la directiva en los grupos de trabajo donde se incluyó la mención a “otros medios de transmisión audiovisual” que daba cabida a nuevos desarrollos tecnológicos en esta materia, lo que desde luego merece una favorable acogida a la vista de la cada vez más importante presencia de las nuevas tecnologías en el proceso penal. Entendemos que esta mención abierta a otros medios audiovisuales permite, por ejemplo, la comparecencia utilizando internet a través de aplicaciones como Skype, a las que cada vez más se recurre en la práctica. Recordemos que la OEI se puede aplicar a todas las fases del procedimiento penal, incluido el enjuiciamiento, por lo que el riesgo de que este medio no sea seguro para investigaciones secretas no es óbice para sostener que en la fase de vista oral, por definición pública salvo que se acuerde lo contrario, la comparecencia por Skype de un testigo puede ser una alternativa que ahorra costes y garantiza, en ocasiones, una suficiente calidad de la imagen y del sonido.

Requisitos para acudir a los medios técnicos en la toma de declaraciones serían:

- 1) Que la persona que deba declarar se encuentre en el Estado de ejecución.
- 2) Que deba ser oída en un proceso seguido en el Estado de emisión, cualquiera que sea la fase en la que éste se encuentre.

A diferencia de lo que ocurriera en relación con el traslado de detenidos a efectos de enjuiciamiento, donde la directiva excluye la OEI y remite a la OEDE, en materia de comparecencia por medios técnicos no se hace exclusión alguna. Por tanto debe concluirse que cabe también la OEI cuando la declaración tiene lugar durante la fase de juicio oral. A esta conclusión llegamos en aplicación de la regla general de que las medidas contempladas en la OEI son relativas a cualquier fase del proceso penal (considerando 25 D/OEI). También del hecho de que aluda no sólo al imputado, sino también al acusado, lo que permite entender que la declaración de éste se vierte durante el juicio oral. Volveremos sobre esto más adelante.

- 3) Que deba declarar en alguna de las siguientes condiciones:

- Como testigo o perito, cuyo consentimiento nunca será necesario.

Podrán hacerlo no sólo por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual sino también por teléfono – en este último caso cuando no sea apropiado o posible que comparezca personalmente -.

En relación con los testigos y peritos, en la propuesta de directiva de la OEI se exigía que se detallaran los motivos por los que no resultaba oportuno o posible que el testigo o perito compareciera personalmente en el Estado de emisión (excepcionalidad que también se preveía en la propuesta para la videoconferencia y que hoy ha quedado limitada a la comparecencia telefónica). El informe explicativo de la propuesta D/OEI desarrollaba con ejemplos qué debía entenderse por la expresión “que no fuera oportuno o posible que compareciera el testigo o perito”. Se explicaba así que podía ser no oportuno que el testigo se desplazara por razón de su edad o su situación médica mientras que no sería posible que lo hiciera si corriera un grave riesgo con su desplazamiento al Estado de emisión. Se exigía que estos motivos se explicitasen al emitir la OEI⁶¹⁴. La exigencia de motivación es tributaria de la literalidad del artículo 10.3 CUE/2000, pero precisamente debe verse en esta previsión una característica consustancial a la asistencia convencional que debe quedar excluida de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Por eso entendemos que la supresión de esta exigencia de motivación en el texto definitivo de la directiva es acertada, pues parece más acorde con el principio general de reconocimiento mutuo que la autoridad de ejecución no entre a valorar los motivos que pudiera esgrimir la autoridad de emisión para acudir a medios técnicos al recabar estos testimonios.

- Como imputado o como acusado - reconociéndose como causa facultativa de denegación de la ejecución que no dé su consentimiento o que la ejecución de esta medida sea contraria a los principios fundamentales del Estado de ejecución -.

El considerando 26 D/OEI hace énfasis en la necesidad de estudiar si la emisión de una OEI para la comparecencia de un investigado o de un acusado mediante videoconferencia puede constituir una alternativa eficaz a la emisión de una OEDE.

Este considerando tiene su origen en una propuesta de la delegación holandesa⁶¹⁵ que insistía en la necesidad de acudir a la videoconferencia en lugar de a una OEDE cuando lo pretendido fuese únicamente oír al imputado. La iniciativa holandesa en este punto ponía de manifiesto la problemática que generaba el hecho que no exista un filtro de proporcionalidad en la emisión de la OEDE y daba cuenta de la práctica hoy día generalizada consistente en ordenar la detención de una persona para, una vez entregada a las autoridades de emisión, dejarla en libertad tras oírla en declaración. Para evitar estas situaciones, Países Bajos proponía que se incluyera expresamente una mención a la conveniencia de utilizar la OEI con la medida de la videoconferencia para la audiencia al sospechoso o acusado en lugar de emitir una OEDE. Pero para ello era esencial que en la OEI tuviera cabida la audiencia de quien todavía no está formalmente acusado. En relación con esto, la cuestión terminológica sobre cómo referirse a la persona frente a la que se dirige el procedimiento penal y que se pretende sea oída por videoconferencia dio lugar a cierta controversia durante la negociación. La propuesta hablaba de “acusado” y algunas delegaciones abogaron por que se incluyera el término “sospechoso”, permitiéndose finalmente así, aunque con reticencias por parte de ciertas delegaciones. La LRM parece haberse adelantado a la literalidad de este considerando, pues el artículo 38 recuerda la conveniencia de acudir a los mecanismos de cooperación judicial con carácter previo a la emisión de una OEDE si lo único que se pretende es tomar declaración al reclamado (si bien el precepto hace referencia a mecanismos convencionales, al no estar todavía implementada en España la D/OEI).

⁶¹⁴ Documento 9288/10 de 3 de junio de 2010.

⁶¹⁵ Documento 17925/11 de 30 de noviembre de 2011.

En cuanto al modo en el que se desarrollarán estas declaraciones, la D/OEI establece reglas detalladas que se asientan en muchos aspectos en el consenso entre autoridades de emisión y de ejecución, convirtiendo su acuerdo en crucial para la efectiva ejecución de esta medida. Deberán ponerse de acuerdo con respecto a las disposiciones prácticas de realización de la audición (referencia genérica que entendemos viene referida a cuestiones como el día y la hora en que tendrá lugar la declaración). Se contempla expresamente también que si la autoridad de ejecución no dispone de los medios técnicos necesarios para celebrar la comparecencia por videoconferencia, el Estado de emisión podrá ponerlos a su disposición previo acuerdo mutuo. Pero tiene más importancia la necesidad de que convengan sobre cuestiones de índole jurídica, como las concretas medidas que deban adoptarse para la protección de la persona que deba ser oída. A nuestro juicio se refiere a aspectos materiales pero que son trascendentales para poder valorar debidamente el testimonio, como que se utilicen biombos o distorsionadores de la imagen o del sonido si ello fuera preciso.

En la línea de lo expuesto con ocasión del traslado de detenidos, para la práctica de diligencias de investigación, en materia de comparecencia por medios técnicos tampoco viene regulado en la D/OEI cómo se resolvería el caso de que no se alcanzase un acuerdo entre las autoridades de emisión y de ejecución. Es decir, no se configura la falta de este acuerdo como causa de denegación de la ejecución de la OEI pero tampoco se ofrece claramente una alternativa.

Alcanzado el consenso, la autoridad de ejecución procederá a realizar una serie de actuaciones con carácter previo a la celebración de la comparecencia en sí. A los testigos o peritos deberá notificarles el momento y el lugar de la comparecencia; a los investigados o acusados deberá citarles conforme a las normas específicas del derecho del Estado de ejecución. Y lo que es aún más importante, con suficiente antelación a la comparecencia la autoridad de ejecución deberá informar a los peritos y testigos del derecho que les asista a no declarar, debiendo hacerlo al amparo del ordenamiento, no sólo del Estado de ejecución, sino también del de emisión. De la misma manera, a los investigados o acusados habrá que informarles de las garantías procesales a las que pueden acogerse conforme a ambos ordenamientos jurídicos. Esta obligación de informar previamente de los derechos conforme a ambos ordenamientos jurídicos (*lex loci* y *lex fori*) es una de las pocas novedades que se introducen en el artículo 24 D/OEI en relación con el artículo 10 CUE/2000, pero que supone un cambio decisivo en la práctica de esta diligencia. Nos parece una previsión garantista, que facilita la admisibilidad de la prueba que se recabe a través de estos medios técnicos y que por tanto merece una muy favorable acogida.

A nuestro juicio su importancia no se traslada debidamente al certificado de OEI, que, recordemos, es el único documento que recibirá la autoridad de ejecución (art. 5.1 D/OEI), generando con ello una importante dificultad práctica. No parece realista presuponer que la autoridad de ejecución conoce la normativa del Estado de emisión pues es notoria la dificultad de contar con este conocimiento respecto de los 28 Estados miembros que conforman la UE (algunos de los cuales, como Reino Unido, tienen varios sistemas legales, el correspondiente a Escocia, Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte). Podría pensarse que esta dificultad queda solventada con la información que a la autoridad de ejecución le proporcione la de emisión al remitirle la OEI, pero lo cierto es que el formulario o certificado obligatorio del anexo A D/OEI, en el apartado relativo a esta específica medida de investigación (sección H2), no reserva espacio alguno para esta inclusión. Habría que entender, en consecuencia, que los derechos que asisten a los comparecientes de conformidad con la legislación del Estado de emisión deben detallarse en el apartado I, destinado a solicitar que la autoridad de ejecución cumpla con los trámites y formalidades que se

indiquen. La conclusión es que en el formulario no se otorga la importancia que merece la necesidad de facilitar esta información sobre el derecho del Estado de emisión con ocasión de la declaración por medios técnicos. Para mayor claridad hubiera sido deseable que en la casilla H2 se hubiera introducido un campo específico relativo a estos derechos de testigos, peritos, imputados o acusados, facilitando así la materialización efectiva y en sus propios términos de esta labor de información previa sobre el derecho del Estado de emisión que compete a la autoridad de ejecución.

De la tramitación legislativa de este artículo 24 D/OEI es especialmente destacable que algunas delegaciones propusieron regular con detalle las garantías procesales que deberían respetarse en la ejecución de estas comparecencias por medios técnicos, por ejemplo, el derecho al acceso a un abogado. La Presidencia, sin embargo, consideró que las garantías del procedimiento estaban suficientemente cubiertas con la D/OEI desde el momento en que la legislación del Estado de emisión sería aplicable. Se valoró, además, que una regulación detallada podría entrar en contradicción con las iniciativas legislativas en tramitación en la Unión Europea. En el momento actual, aprobadas ya algunas de las directivas que regulan las garantías procesales de los imputados, su contenido deberá tenerse presente en la práctica de estas diligencias⁶¹⁶.

Durante la celebración de la comparecencia puede decirse que la D/OEI distribuye la participación de la autoridad de emisión y de ejecución de manera lógica y ponderada.

A la autoridad de ejecución le corresponde:

- asegurarse de la identidad de la persona que deba ser oída,
- asignarle intérprete que le asista, a solicitud del Estado de emisión o de la persona que deba ser oída, si resultase necesario,
- garantizar que, en caso de que la persona que deba ser oída en su territorio se niegue a prestar testimonio estando sometida a la obligación de testificar -o no preste testimonio veraz- se le aplique su Derecho interno del mismo modo que si la comparecencia se hubiera celebrado dentro de un procedimiento nacional,
- estar presente para velar por el respeto de los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución. Cuando la autoridad de ejecución considere que durante la comparecencia se están infringiendo principios fundamentales de su Derecho adoptará inmediatamente las medidas necesarias para garantizar la continuación de la comparecencia de conformidad con los mismos;
- finalizada la declaración, levantar acta de la misma, indicando la fecha y lugar de la comparecencia, la identidad de la persona oída, la identidad y funciones de cualesquiera otras personas del Estado de ejecución que hayan participado en la comparecencia, el juramento formulado y las condiciones técnicas en las que se haya llevado a cabo la audiencia. Este documento deberá ser transmitido a la autoridad de emisión.

La autoridad de emisión será, por su parte, la que dirigirá directamente la comparecencia; lo hará con arreglo a su Derecho interno, sin perjuicio del respeto al derecho del Estado de ejecución en las materias antes indicadas. Esto implica, en consecuencia, que las preguntas las formulará directamente la autoridad de emisión y que será ésta la que declarará o no pertinentes las preguntas que formulen las partes.

En materia de costes rige la regla general, contenida en el artículo 21 D/OEI: salvo que sean excepcionales y se llegue a un acuerdo, correrán a cargo del Estado de ejecución.

⁶¹⁶ Documento 13224/11 de 13 de septiembre de 2011.

En la propuesta inicial había una regulación especial de los costes, de modo que se detallaba que, salvo que el Estado de ejecución renunciara, sería a cargo del Estado de emisión de la OEI los costes de establecimiento de la videoconferencia, la retribución de los intérpretes o las dietas de testigos y peritos, así como sus gastos de viaje en el Estado de ejecución (esta propuesta de la D/OEI iba, por tanto, en consonancia con lo establecido en el artículo 10.7 CUE/2000). Durante la negociación, sin embargo, se suprimió esta especialidad rigiéndose en la actualidad los costes de conformidad con la regla general.

2.2.3 Información bancaria y financiera

Los artículos 26 y 27 D/OEI se dedican a la información bancaria y financiera que no requiera una actuación en tiempo real⁶¹⁷.

Para su comprensión es necesario partir del considerando 29, que proporciona una interpretación de qué debemos entender por “datos de una cuenta” al decir que bajo este término se incluirán al menos el nombre y domicilio del titular, los pormenores de los poderes de representación otorgados sobre la misma y cualesquiera otros detalles o documentos que haya suministrado el titular en el momento de la apertura de la cuenta y que obren todavía en poder del banco.

Bajo la rúbrica del artículo 26 D/OEI se regula la información sobre las *cuentas* mientras que el artículo 27 D/OEI se dedica a la información sobre las *operaciones*. Por tanto estos artículos parten de premisas y requisitos distintos, basándose respectivamente en los artículos 1 y 2 P/CUE/2001, si bien comparten características comunes, como veremos.

1) El ámbito del artículo 26 D/OEI, dedicado a la información sobre las cuentas, viene limitado a la investigación sobre aquellas personas físicas o jurídicas que sean *sujeto pasivo* del procedimiento penal. Las medidas de investigación reguladas en este precepto se centran en una concreta persona, pretenden determinar si una persona física o jurídica es titular, posee el control o tiene poderes de representación en relación con una o más cuentas de cualquier tipo. En caso positivo se podrán obtener también los datos de las cuentas identificadas. No cabe acudir a esta medida de investigación en relación con personas que tengan la condición de testigos o perjudicados, sólo respecto del sospechoso, imputado o acusado en un determinado procedimiento, pues sólo éstos son objeto del mismo.

La D/OEI contiene un régimen distinto según se trate de la búsqueda de cuentas de las que esa persona objeto del proceso penal es *titular o tiene el control* de aquellas en las que sólo ostenta *poderes de representación*. En este último caso la D/OEI exige que así se solicite expresamente. Al respecto el informe explicativo de la propuesta señalaba que la ejecución de la OEI incluye automáticamente la búsqueda de las cuentas de las que la persona sea titular o tenga el control, entendiéndose por esto que sea el verdadero beneficiario económico, con independencia de que tenga esas cuentas como persona física o a través de una persona jurídica o por cuenta de un fideicomisario o de cualquier otro instrumento de gestión de un patrimonio. Sin embargo, la búsqueda de las cuentas de las cuales la persona tenga poderes de representación exige una solicitud expresa justificando este distinto tratamiento en el hecho de que puede resultar difícil y costoso -

⁶¹⁷ El *seguimiento* de operaciones bancarias o financieras, que sí requiere esa actuación continuada durante un periodo de tiempo real, se regula en el artículo 28 D/OEI junto con otras medidas de investigación que comparten estas características, como la entrega vigilada, por lo que será objeto de análisis más adelante.

en cuanto a medios del Estado de ejecución - el recabar los poderes de representación⁶¹⁸.

Para la medida de investigación relativa a la petición de información sobre las cuentas bancarias de que pueda ser titular la persona objeto del procedimiento penal la D/OEI exige precisar las razones por las que supone que la cuenta se encuentra en algún banco del Estado de ejecución. Si se dispusiera de esta información, también indicará el banco concreto de que se trate y cuanta información disponga que facilite la ejecución.

Esta exigencia puede reportar cierta dificultad en la práctica. Evita búsquedas generalizadas e indiscriminadas en todos los Estados miembros pero, por otra parte, aplicada de manera muy rigurosa por las autoridades de ejecución, puede desvirtuar la utilidad práctica de la OEI, que en este campo es mucha y de extraordinaria importancia. De este modo, si la autoridad de ejecución se siente satisfecha con las razones genéricas alegadas por la autoridad de emisión (como que teniendo el sospechoso el domicilio en ese Estado es previsible que tenga una cuenta) la orden será operativa en la práctica. Pero si las autoridades de ejecución exigen una justificación más detallada, menos indiciaria y basada en evidencias más concretas, se estaría arbitrando un mecanismo para, en la práctica, restar efectividad a la OEI.

Por otra parte, en la propuesta de D/OEI la posibilidad de emitir la OEI con la finalidad de obtener la titularidad de cuentas bancarias de la persona objeto del procedimiento penal estaba sometida a específicas causas de denegación basadas en el tipo de delito que motivaba la emisión de la orden. Sin embargo, durante la tramitación legislativa de la directiva fueron suprimidas, cuestión que sin duda redundará en una mayor utilidad de la OEI. En la redacción finamente aprobada sólo se contemplan causas especiales de denegación cuando recaen sobre entidades financieras distintas de un banco.

2) La otra modalidad de investigación, información sobre operaciones (artículo 27 D/OEI) se caracteriza en que se centra en una cuenta cuya numeración debe ser conocida por la autoridad emisora de la OEI, permitiendo recabar los datos asociados a esa cuenta bancaria (por ejemplo, su titularidad) y sus operaciones, también los datos de las cuentas remitentes o receptoras. En cuanto al margen temporal de las operaciones, puede tratarse bien de operaciones pasadas o bien de las que vayan a efectuarse en el futuro, pero dentro de un plazo concreto. En consecuencia, es posible acudir a este mecanismo de investigación - basado como decimos en la cuenta - con independencia de que la persona física o jurídica titular de las mismas sea o no objeto del procedimiento penal, también es posible si ostenta otra condición, como testigo o perjudicado. Ahora bien, como contrapartida la cuenta deberá estar especificada desde un primer momento y determinado también el periodo de operaciones respecto al cual se solicita la información (así se desprende del propio formulario, cuyo apartado H4.2 dedica un espacio final en el apartado de operaciones bancarias a que se detalle el periodo en cuestión y las cuentas correspondientes sobre las que se solicita esta investigación).

El informe explicativo de la propuesta proporciona un ejemplo ilustrativo del supuesto regulado en este artículo 27 D/OEI. Es el caso de la cuenta bancaria de una persona inocente que ignorase totalmente la situación delictiva en la que se veía involucrada al ser utilizada su cuenta como medio de transporte del dinero entre otras dos cuentas del sospechoso, favoreciendo con esta mecánica que la transacción real quedara oculta.

⁶¹⁸ Documento 9288/10 de 3 de junio de 2010.

Esta diferente posibilidad de investigación en relación con quien sólo es testigo o víctima en el procedimiento penal debería haber sido objeto de mayor aclaración en los considerandos. Decimos esto porque el considerando 27 D/OEI se presta a cierta confusión. Menciona que *la obtención de datos de cuentas* de cualquier naturaleza puede realizarse no sólo en relación con quienes sean investigados o acusados sino también con cualquier persona respecto de la cual las autoridades competentes consideren necesaria dicha información en el curso de procedimientos penales. Con esta alusión entendemos que está haciendo referencia al supuesto regulado en el artículo 27 D/OEI (información sobre operaciones), que efectivamente no exige que la OEI se emita en relación con quien sea objeto del procedimiento penal, pero en modo alguno puede incluir el supuesto del artículo 26 D/OEI, que permite una investigación genérica de cuentas tomando como criterio la persona que sea titular de las mismas, dado que para esta medida es imprescindible que ese titular sea *sujeto pasivo* del procedimiento penal, característica que no puede predicarse de quien sea testigo o víctima del hecho delictivo.

Ambas medidas, de los artículos 26 y 27 D/OEI, presentan como requisito de la emisión que se justifique que la información es necesaria para el procedimiento penal. Como ya se destacara en relación con la motivación de toma de declaración por medios técnicos, la necesidad de explicitar estas razones de necesidad de la investigación, que es perfectamente lógica en el marco de la asistencia convencional, no lo es para un instrumento de reconocimiento mutuo, donde la resolución judicial que acuerde la diligencia de investigación no debe ser revisada en cuanto al fondo por la autoridad de ejecución. BACHMAIER llama la atención sobre el hecho de que se reitere la necesidad de indicar las razones por las que es necesaria y pertinente esta información en relación con las medidas de investigación específicamente reguladas en la D/OEI cuando una exigencia de motivación con carácter general viene recogida en el artículo 5 D/OEI al describir el contenido de la orden. Es, por tanto, una reiteración innecesaria⁶¹⁹.

El informe explicativo de la propuesta señala que la finalidad de recoger las razones para la investigación bancaria y financiera es establecer un filtro de proporcionalidad y garantizar que no se utilice inadecuadamente esta medida en términos de eficiencia de los costes. Pretende evitar que se hagan investigaciones prospectivas en todos los Estados miembros. Aunque expresamente se señala que la explicitación de las razones no puede justificar un control del fondo de la resolución por parte de la autoridad judicial de ejecución, mucho nos tememos que la práctica demostrará que este precepto será aprovechado para revisar la decisión judicial de la autoridad de emisión, consiguiendo un efecto totalmente contrario a lo pretendido con este instrumento de reconocimiento mutuo.

Pero ni en lo relativo a las razones que justifican la necesidad de la medida ni a las razones por las que se transmite a un Estado en concreto, la D/OEI anuda alguna consecuencia al hecho de que no se cumpla con esta obligación. No constituye, por tanto, una causa de denegación de la ejecución pero tampoco resulta evidente cuál es la respuesta que en estos casos debe dar la autoridad de ejecución. Parece, en este sentido, que la D/OEI recoge esta exigencia a modo de recordatorio a la autoridad de emisión sobre cómo y cuándo debe acudir a la OEI en lo que a información sobre cuentas y operaciones bancarias y financieras se refiere.

Por otra parte, no acabamos de ver la dificultad de que la D/OEI hubiera permitido transmitir la OEI para investigación bancaria a todo el espacio europeo, como ocurre

⁶¹⁹ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41...” cit.

con la OEDE, de modo que donde quiera que el sospechoso, imputado, acusado o condenado tenga una cuenta, siempre que esté en un banco de un Estado miembro, pueda procederse a ejecutar la OEI. Esta solución de transmisión indiscriminada exigiría, como en el caso del sistema SIS, de un registro, pero las dificultades prácticas de contar con uno no parecen de entidad desde el momento que algunos Estados disponen ya de este tipo de sistemas de información (piénsese, por ejemplo, en el fichero de titularidades financieras previsto en el artículo 43 de la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁶²⁰ y desarrollado por el Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo⁶²¹ por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo).

En relación con las cuentas y operaciones financieras en entidades distintas de un banco⁶²² (por ejemplo, entidades de cambio, de seguros o de inversiones) ambos artículos contienen una previsión específica (art. 26.6 y 27.5 D/OEI) cuya regulación en esencia es idéntica a la prevista para el caso de la información bancaria, con la única especialidad de que se añade una nueva causa de denegación consistente en permitir que facultativamente se deniegue la ejecución si la medida no se autorizaría en un caso interno similar.

En la propuesta inicial no se contemplaba medida de investigación alguna en relación con información financiera no bancaria y no podemos sino celebrar que finalmente durante las negociaciones se incluyera esta posibilidad, que sin duda tendrá una importancia trascendental para la efectiva localización de activos procedentes de delitos.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que toda la regulación de estas medidas parte de la premisa de que la información requerida con la OEI esté disponible. En ambos preceptos hay una previsión común relativa a que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para poder proporcionar esta información pero *sólo para el caso de que la misma obre en poder del banco o de la entidad financiera de que se trate*. Parece pretenderse que la OEI no sirva de marco a los Estados miembros para exigir a las entidades bancarias y financieras unas determinadas obligaciones en relación con los datos que deben tener disponibles para las autoridades judiciales. Coincidimos en que de pretender crear estas obligaciones debiera hacerse en un instrumento *ad hoc* y no a través de este instrumento de reconocimiento mutuo dedicado a la cooperación judicial penal entre Estados miembros, como es el caso de la D/OEI, pero desde luego consideramos muy conveniente que se hiciera.

Merece que destaquemos el extraordinario avance que en esta materia supone la D/OEI en comparación con los mecanismos convencionales de asistencia y más singularmente, en relación con los artículos 1 y 2 del P/CUE/2001 que sirven de antecedente a esta regulación. En el protocolo las condiciones para solicitar la asistencia en relación con esta información de cuentas e información de transacciones eran mucho más estricta: venía limitada a unos determinados delitos (por la materia o porque superasen un umbral de pena) y podía denegarse por las mismas razones por las que tradicionalmente

⁶²⁰ BOE de 29 de abril de 2010.

⁶²¹ BOE de 5 de mayo de 2014.

⁶²² El considerando 28 señala que por entidades financieras debe estarse a la definición contenida en el artículo 3 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE L 309 de 25 de noviembre de 2005).

se podían denegar las rogatorias que implicasen una entrada y registro. La cooperación judicial internacional penal articulada a través de la D/OEI abarca cualquier delito y suprime las causas de denegación específicas cuando se trate de información disponible en bancos, por lo que supone una clara mejora en comparación con el P/CUE/2001. En la actualidad uno de los problemas prácticos más importantes con los que se encuentran las autoridades judiciales responsables de la investigación en los distintos Estados miembros es la imposibilidad de obtener, de manera rápida y eficaz, información sobre las cuentas bancarias o demás activos financieros que puedan tener los sospechosos o acusados en otros Estados miembros. La creación de oficinas de recuperación y gestión de activos (ORA) en todos los Estados miembros tuvo lugar tras la promulgación de la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito de la localización e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito⁶²³. Estas oficinas suponen una mejora notabilísima para la localización de bienes inmuebles o muebles (como vehículos) permitiendo que, tras recibir la información en los breves plazos previstos en su normativa, la autoridad judicial pudiera acudir al EPYAP para su aseguramiento o a lo previsto en la DM/DC para su decomiso. Pero ningún Estado miembro facilita, a través de estas oficinas, información sobre cuentas bancarias. Tampoco es posible dirigirse a las unidades de inteligencia financiera para obtener dicha información si luego quería usarse para el proceso penal, no como mera información de inteligencia. De modo que las autoridades judiciales deben emitir comisiones rogatorias para obtener esta información económica, con las dificultades y el retraso consustancial a los mecanismos tradicionales de asistencia convencional. Con la nueva regulación en la D/OEI se viene a cubrir una necesidad que bien podría calificarse como perentoria. Si a esto añadimos la posibilidad de acordar el aseguramiento de las cantidades líquidas que puedan detectarse en las cuentas, como analizaremos a continuación, se concluye que la OEI será un avance decisivo tanto en la investigación criminal como en el decomiso de los productos derivados de las actividades delictivas.

2.2.4 Medidas de aseguramiento de pruebas

El artículo 32 D/OEI, único que integra el capítulo VI, se dedica a las medidas cautelares, a las que se refiere como “medidas de investigación destinadas a impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como prueba”. Obligado es detenerse en la cuestión terminológica, pues se denominan “medidas de investigación” cuando sin duda su naturaleza jurídica es la de medidas cautelares (así de hecho reza la rúbrica del capítulo). Entendemos que debería haberse utilizado una terminología técnicamente más ajustada a la naturaleza de lo regulado.

De hecho, podría incluso sostenerse la conveniencia de que también en el nombre del instrumento se hubiera reflejado que comprendía la posibilidad de transmitir la ejecución de medidas cautelares. “Orden europea de investigación y aseguramiento cautelar” podría haber alcanzado esta finalidad de proporcionar una visión más completa de las utilidades de este instrumento. No obstante, dado que la regulación de las medidas cautelares no constituye la finalidad primordial de la D/OEI, que se centra por el contrario en la investigación, puede tener justificación que se haya circunscrito su denominación a lo que constituye su objetivo central. Pero nos tenemos que para el operador jurídico pase desapercibida - en una primera lectura - esta posibilidad de utilizar la OEI para el aseguramiento cautelar.

⁶²³ DOUE L 332 de 18 de diciembre de 2007.

Resulta especialmente importante dilucidar si las medidas cautelares reguladas en la D/OEI persiguen la finalidad únicamente de asegurar prueba o si incluyen también las que pretenden asegurar bienes a efectos de ulterior decomiso. Apreciamos cierta contradicción entre el articulado y los considerandos de la directiva:

-El tenor literal del artículo 32 D/OEI se refiere siempre al aseguramiento cautelar de un objeto que pudiera utilizarse *como prueba*. También el artículo 34 D/OEI, al regular la relación con la DM/EPYAP, estipula que ésta será sustituida en lo que concierne a sus disposiciones relativas al aseguramiento de prueba.

-Sin embargo, el considerando 34 D/OEI, al explicar el ámbito de aplicación de la directiva, señala que no sólo abarca medidas cautelares encaminadas a la obtención de pruebas, sino también aquellas que tengan como finalidad el decomiso ulterior. Las razones para su inclusión se exponen a continuación en el mismo considerando: el deslinde entre ambas finalidades no siempre resulta evidente, puede cambiar durante el curso del procedimiento y es necesario mantener una interrelación fluida entre los diversos instrumentos aplicables en este ámbito.

De hecho, la regulación en la OEI de las medidas cautelares no estaba en la propuesta de OEI y si finalmente se introdujeron fue en consideración a la utilidad que reportaría para ulteriores decomisos del producto del delito. A favor de su inclusión abogó Eurojust, que era de la opinión de que para que la OEI fuese un instrumento realmente eficaz y útil debería regular la incautación de los elementos probatorios y de otro tipo de bienes. Gráficamente citaba como ejemplo las cantidades depositadas en cuentas bancarias. A través de la OEI se averiguaría el importe de esta cantidad pero habría que acudir a la DM/EPYAP para lograr su congelación. Este mecanismo se consideraba ineficaz y, consecuentemente, se proponía aunar ambas posibilidades bajo el ámbito de la D/OEI⁶²⁴. Como consecuencia de estos debates se introdujeron en la D/OEI normas específicas relativas a la adopción de medidas cautelares, intentando mantener los criterios recogidos en la DM/EPYAP.

La conclusión a la que llegamos sobre esta materia es que la D/OEI permite la adopción de medidas cautelares sobre un objeto que pueda emplearse como prueba, si bien no hay obstáculo en que este mismo objeto sea luego decomisible. Lo clave, en definitiva, es que el bien reúna ambas condiciones (por ejemplo, las cantidades en metálico depositadas en una caja fuerte pueden ser prueba de la consumación de un delito de estafa y, simultáneamente, pueden ser bienes decomisables como producto que son de la actividad delictiva). No creemos, sin embargo, que la D/OEI regule el aseguramiento de bienes con la única finalidad de decomisar, esto es, aquellos casos en los que el objeto en cuestión no tenga valor probatorio. De haberlo querido así la D/OEI hubiera sustituido íntegramente la DM/EPYAP, cosa que no ha sucedido. No obstante, hubiera sido deseable mayor claridad sobre este particular, pues sin duda el considerando 34 puede dar lugar a confusiones y propiciar que se emitan D/OEI para la adopción de medidas cautelares sobre bienes que no tienen utilidad probatoria. En la legislación

⁶²⁴ Documento 6814/11 de 4 de marzo de 2011. Al argumentar esta cuestión, Eurojust destaca cómo una de las carencias de la DM/EPYAP es la necesidad de acudir a un segundo formulario (para la entrega de la prueba o para la confiscación del producto del delito) atribuyendo a esta característica la responsabilidad del poco interés mostrado por los prácticos en este instrumento de reconocimiento mutuo. Precisamente para evitar repetir este error se considera conveniente que la D/OEI sí permita, en único formulario, localizar las cuentas bancarias y embargar su importe. En relación con que un mismo bien tenga la condición de prueba y de cantidad decomisible se ponía como ejemplo una maleta llena de efectivo en poder del imputado en el momento de su detención. El efectivo podría ser prueba del delito de blanqueo y también cantidad económica objeto de decomiso.

española de implementación esta cuestión debería quedar suficientemente clarificada, bien con una mención específica dentro del articulado -por ejemplo en una disposición que regule la sustitución de la DM/EPYAP- o bien añadiendo un párrafo en el preámbulo que permita explicarlo sucintamente.

En cuanto al ámbito de aplicación de la D/OEI en lo que a medidas cautelares se refiere haremos otra puntualización. A la vista de cómo ha quedado redactado el artículo 32 D/OEI, las medidas cautelares tienen sustantividad propia, no son accesorias o necesariamente continuación de una medida de investigación propiamente dicha que también sea incluida en la OEI. Lo natural será que así sea, esto es, que se pida la información bancaria y en la misma OEI el aseguramiento de una cantidad concreta que pudiera haber en la cuenta, pero no parece que haya obstáculo legal en que la petición de aseguramiento sea autónoma si se dispone ya de la información bancaria (que puede conocerse por una comisión rogatoria anterior o por otro medio, como documentación que obre en autos). Llegamos a esta conclusión porque el único requisito, expuesto anteriormente, es que el bien sobre el que recaiga la medida cautelar tenga utilidad probatoria.

En cuanto a la tramitación, el artículo 32 D/OEI regula con claridad qué corresponde realizar a la autoridad de emisión y qué a la de ejecución, así como el régimen jurídico al que deberán acogerse sus respectivas decisiones.

De este modo, además de la petición de aseguramiento, la autoridad de emisión indicará qué debe hacerse con la prueba una vez asegurada:

- a) Transferirla al Estado de emisión (en cuyo caso el traslado se realizará de conformidad con el procedimiento previsto en la propia D/OEI, regulado en el artículo 13).
- b) Conservarla en el Estado de ejecución, indicando en este caso hasta qué fecha (procediéndose a levantar la medida o a presentar una solicitud de transferencia cuando la misma transcurra).

Por su parte, la autoridad de ejecución:

- a) Decidirá y comunicará su decisión lo antes posible, si es viable, dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la OEI. Sobre este particular debe llamarse la atención sobre que se haya mantenido el mismo plazo que en la DM/EPYAP cuando la Comisión ha constatado en reiteradas ocasiones su absoluto incumplimiento por breve. Hubiera sido deseable un enfoque más realista, quizás de 72 horas, que permitiera facilitar su efectivo respeto.
- b) Podrá imponer condiciones para limitar la duración del plazo de aplicación de la medida cautelar, de conformidad con las circunstancias del caso y de conformidad con su derecho. Si fuera a dejar sin efecto la medida, deberá informar a la autoridad de emisión y darle la posibilidad de hacer alegaciones.

En cuanto a las causas de denegación, la D/OEI no contiene causas específicas de denegación en relación con las medidas cautelares de este artículo 32, pero tampoco establece excepción alguna al régimen general de la OEI. Esto supone que serán de aplicación las previstas con carácter general para todas las otras medidas en el artículo 11 D/OEI. Es importante tener presente que, por esta vía, se ha introducido una

importante modificación de las normas reguladoras del aseguramiento cautelar de la prueba en los instrumentos de reconocimiento mutuo que se traduce, en la práctica, en un incremento de las causas de denegación. Decimos esto porque la D/OEI contiene algunos motivos de no reconocimiento o de no ejecución que no contenía la DM/EPYAP⁶²⁵. Nos referimos, sin ánimo de exhaustividad, a los intereses esenciales de la seguridad nacional (art.11.1.b D/OEI) o a que pueda existir un umbral o categoría de delitos que permitan adoptar esta medida en el Estado de ejecución [art. 11.1.h) D/OEI], pero también al respeto a derechos fundamentales, prevista como causa de denegación para la OEI. Consideramos, en consecuencia, que el legislador europeo debería haber revisado las causas generales de denegación que serían aplicables a las medidas cautelares.

De hecho, durante las negociaciones de la D/OEI, una vez decidida la inclusión de la regulación de las medidas cautelares con la finalidad de asegurar la prueba, la principal preocupación de las delegaciones era la necesaria delimitación de hasta qué punto a las medidas cautelares les eran aplicables las disposiciones generales de la OEI. El debate se centró en distinguir el régimen general de adopción de medidas de investigación del régimen de adopción de medidas cautelares. De ahí que se introdujera este nuevo capítulo, el VI, con un único artículo -el 32 D/OEI- con la normativa específica en esta materia. Sin embargo creemos que no se valoró suficientemente el impacto que las causas generales de denegación de la ejecución de la OEI tendrían en relación con este precepto dedicado a medidas cautelares.

2.2.5 Investigación en tiempo real e investigaciones encubiertas

El artículo 28 D/OEI se dedica a todas aquellas medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo. Se cita, a título meramente ejemplificativo, dos medidas de investigación:

- El seguimiento de operaciones bancarias u otras operaciones financieras efectuadas a través de una o más cuentas específicas (que tendría su base en el artículo 3 del P/CUE/2001).
- Las entregas vigiladas en el territorio del Estado de ejecución (que sustituiría al artículo 12 CUE/2000).

A su vez, el artículo 29 D/OEI regula las llamadas investigaciones encubiertas refiriéndose por este concepto a la actuación de los agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa. Su correlativo artículo en los mecanismos convencionales sería el artículo 14 CUE/2000. Como quiera que participa de gran parte de las características anteriores (esto es, permiten en algunos casos la obtención de prueba en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, por ejemplo si el agente encubierto lleva un micrófono), las investigaciones encubiertas presentan sólo unas especialidades en relación con las medidas reguladas en el artículo 28 D/OEI bajo la rúbrica de obtención de pruebas en tiempo real. Esta coincidencia en lo sustancial es lo que justifica que abordemos ahora su tratamiento de manera conjunta.

En cuanto a las especificidades, para las investigaciones encubiertas se recoge una mención expresa que consideramos innecesaria, pues quedaría abarcada en las normas generales de la D/OEI. Nos referimos a la previsión del artículo 29.2 D/OEI cuando

⁶²⁵ Art. 7 DM/EPYAP- 154 LRM en su remisión al art. 32 LRM.

destaca que, en cada caso particular, las autoridades de ejecución adoptarán la decisión relativa al reconocimiento y ejecución de la investigación encubierta de conformidad con los procedimientos nacionales del derecho del Estado de ejecución. Y decimos que no sería precisa esta mención porque el artículo 2.d D/OEI, en sede de normas generales y concretamente al definir a las autoridades de ejecución, remite a la legislación del Estado de ejecución para la toma de decisiones en la ejecución de la OEI, con mención específica a que deben seguirse sus procedimientos internos, incluso si implican la necesidad de recabar autorización judicial. Creemos que lo que se pretende es enfatizar que la *lex loci* es la que primará en la ejecución de actividades que lleve a cabo el encubierto, al margen de que varios aspectos deban consensuarse, como veremos.

Las características comunes de las medidas de investigación que suponen obtención de prueba en tiempo real podrían resumirse en las siguientes:

- Al emitir la OEI resulta obligatorio detallar las razones por las que la información solicitada o la medida acordada es pertinente para el procedimiento penal. Esta exigencia de motivación explícita la encontramos también con ocasión de otras medidas de investigación de las específicamente reguladas en la D/OEI y merece la misma observación que antes hemos realizado: abre la posibilidad de que la autoridad de ejecución valore las razones de fondo que llevaron a la autoridad de emisión a acordar esta diligencia de investigación, cuestión ésta que en principio debería estar vedada en los instrumentos de reconocimiento mutuo. El mimetismo con los mecanismos convencionales de asistencia es excesivo en este punto. La motivación sólo está justificada en la medida en que permite a la autoridad de ejecución valorar debidamente si concurre o no una causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución. A estos efectos, dentro de este estrecho margen, sí nos parece que tiene sentido la exigencia de motivar.
- Se recogen causas específicas de denegación, como que la medida de investigación de obtención de prueba en tiempo real no estuviera autorizada en casos internos similares. Sobre ello volveremos al analizar las causas de denegación.
- La actuación, dirección y control de las operaciones recaerá sobre las autoridades del Estado de ejecución. En consonancia con esto, la D/OEI señala que la actuación del encubierto se registrará por el derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. Por la propia lógica de la OEI éste será previsiblemente el Estado de ejecución. De ahí que la competencia de actuación del encubierto, así como la dirección y el control de las operaciones recaiga en las autoridades de ejecución, parte de la premisa de que está actuando en su territorio. Si el encubierto -temporal o ya definitivamente- regresara al Estado de emisión, entendemos que el control de sus operaciones pasaría de nuevo a las autoridades de este Estado.
- Las cuestiones prácticas -singularmente en relación con la entrega vigilada y los agentes infiltrados- se acordarán entre ambos Estados de emisión y de ejecución.

En la D/OEI existen normas generales sobre el régimen de responsabilidad, civil y penal, de los funcionarios del Estado de emisión que se encuentren en el territorio del Estado de ejecución (artículos 17 y 18 D/OEI). La dificultad interpretativa estriba en esclarecer si el consenso en “cuestiones prácticas” permite estipular un régimen jurídico para los agentes al margen de esta regulación general contenida en la D/OEI. Es

discutible en relación con entregas vigiladas, medida para la que hubiera sido conveniente que se concretara qué debemos entender por cuestiones prácticas, específicamente si abarca o no este régimen jurídico de los agentes del Estado de emisión que, por participar en la entrega, operan en el territorio del Estado de ejecución. Esta precisión sí la encontramos en relación con las investigaciones encubiertas, donde el artículo 29.4 D/OEI obliga a consensuar la duración de la actuación del encubierto y las condiciones concretas de su actuación. También se dice expresamente que el régimen jurídico de los agentes encubiertos será acordado por ambos Estados, de emisión y de ejecución, ateniéndose a sus respectivos derechos internos y procedimientos nacionales. Entendemos por tanto que para los infiltrados debe prevalecer lo que se acuerde frente a la regulación general de la D/OEI. De hecho, no alcanzar un acuerdo permite, en el caso concreto de las investigaciones encubiertas, denegar la ejecución de la OEI.

La inclusión de esas técnicas de investigación en la D/OEI merece, entendemos, una favorable acogida. Pero hacerlo o no, y en qué términos, fue una cuestión controvertida en los órganos preparatorios del Consejo que negociaron esta directiva.

La propuesta de D/OEI dedicaba un artículo común a todas las medidas de investigación que pretendían obtener información en tiempo real. El informe explicativo de la propuesta definía esta previsión de investigación en tiempo real como de importancia capital, al considerar que era clave para intentar dotar a las autoridades judiciales de un régimen global, flexible y eficiente para la obtención de prueba. Abarcaba, en un solo artículo, medidas como la intervención de las telecomunicaciones, la vigilancia, los agentes encubiertos o la monitorización de transacciones bancarias. En relación con todas ellas las diferencias en las legislaciones de los Estados miembros eran importantes, y de ahí que se considerara ilusorio limitar los motivos de denegación de la ejecución a los recogidos con carácter general en la D/OEI. De este modo, la propuesta no contenía normas procedimentales para estas medidas, sino que se limitaba a ampliar las causas de denegación para las previstas.

Sin embargo, en opinión de algunas delegaciones las entregas controladas deberían quedar fuera de la OEI. Al respecto se aducía que las entregas controladas son medidas de cooperación de naturaleza policial más que judicial (ésta era, por ejemplo, la postura del Reino Unido, que añadía como argumento que las entregas controladas eran, por su esencia, muy sensible para los Estados miembros)⁶²⁶. En contra se alegaba que se necesita autorización judicial en la mayoría de los Estados miembros para acceder a estas entregas y que estaban incluidas en la Decisión 2009/426 de fortalecimiento de Eurojust, por lo que se enfatizaba el carácter judicial de estas medidas. Ya en una fase inicial de la negociación de la directiva se optó por suprimir esta regulación específica de las entregas controladas que contenía el artículo 26 de la propuesta, limitándose a mencionarlas como una más de las medidas de obtención de prueba en tiempo real y sometiéndola al régimen general previsto para toda esta categoría.

También fue objeto de discusión también durante las negociaciones si se encuadraba dentro del ámbito de la OEI la figura de los agentes encubiertos, cuestión preguntada por Reino Unido -que consideraba que no debiera extenderse el ámbito de la directiva a dicha medida - y sobre la que Alemania hizo expresa reserva⁶²⁷. Finalmente se decidió incluirla expresamente con el actual artículo 29 D/OEI, como hemos visto.

⁶²⁶ Documento 12862/10 de 30 de agosto de 2010.

⁶²⁷ Documento 10540/11 de 20 de mayo de 2011.

En comparación con la regulación de estas medidas en los mecanismos convencionales, entendemos que la D/OEI tiene importantes avances. Veámoslos por separado en atención a las distintas técnicas de investigación cubiertas por estas normas.

- En lo que respecta a las entregas vigiladas se podría sintetizar en los siguientes puntos:
 - Hace extensiva a esta diligencia de investigación la previsión de que se cumplan las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión, posibilidad que parecía vedada en el CUE/2000 (el artículo 12 CUE/2000, al reglar las entregas vigiladas, es taxativo al afirmar que se efectuarían de conformidad con los procedimientos vigentes en el Estado requerido, sin el margen de solicitud o consenso que permite seguir también los procedimientos previstos en el Estado requirente).
 - Amplía el elenco de delitos para los que se puede acordar esta medida, que podrá depender únicamente de la legislación del Estado de ejecución (dado que facultativamente podrá denegarse la ejecución si la medida no está autorizada para un caso interno similar). No se predetermina por tanto un tipo de delitos, mientras que el CUE/2000 limita esta técnica a los delitos que dan lugar a la extradición.
- En lo que atañe al seguimiento de operaciones bancarias u otras operaciones financieras, el artículo 3 del P/CUE/2001 es reflejado fielmente en la D/OEI pero con la importante ventaja añadida que supone el hecho de poder solicitar el cumplimiento de determinados requisitos y formalidades conforme a la normativa general de la D/OEI.
- Finalmente, en las investigaciones encubiertas recordemos que el artículo 14 CUE/2000 permitía que los Estados miembros notificasen que no estaban vinculados por este artículo, haciendo inaplicables las investigaciones encubiertas en su territorio. Esta opción desaparece con la D/OEI, lo cual no puede sino merecer también una favorable acogida.

2.2.6 Intervención de telecomunicaciones

El capítulo V D/OEI, integrado por los artículos 30 y 31, se dedica a la intervención de telecomunicaciones. Al realizar un análisis crítico de la regulación de la intervención de telecomunicaciones en la D/OEI lo primero que valoraremos muy positivamente es que simplifica notablemente el régimen contenido en el CUE/2000.

La propuesta de directiva hacía presagiar lo contrario, pues excluía literalmente “la interceptación de telecomunicaciones prevista en el artículo 18 apartado 1 letra a) y letra b) en este último caso en la medida en que se relacionen con las situaciones referidas en el artículo 18 apartado 2, letra a) y c) y el artículo 20 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000”. Resulta patente que la técnica legislativa utilizada en la propuesta distaba mucho de simplificar la labor al operador jurídico, pues con la remisión al complejo articulado del CUE/2000 no quedaba definido con suficiente claridad el ámbito excluido de la OEI. Por otra parte, las demás intervenciones telefónicas que no estaban expresamente excluidas tampoco estaban expresamente reguladas. Tendrían cabida únicamente dentro de las previsiones generales de obtención de prueba en tiempo real.

La justificación aportada para esta exclusión de la interceptación de telecomunicaciones en el informe explicativo hace referencia a que eran medidas de

investigación con entidad propia, separadas de otras diligencias de investigación, de modo que no habría necesidad de incluirlas en un mismo instrumento jurídico.

Sobre esta exclusión no hubo un consenso inicial en las reuniones del Grupo de Trabajo. Las exclusiones de la propuesta de directiva aludían a tres tipos de intervenciones distintas:

* Intervención con inmediata transmisión de la comunicación, artículo 18. 1. a) CUE/2000: en este caso, el Estado de ejecución se limita a redirigir la comunicación al Estado de emisión, que es el que la escucha y graba.

* Interceptación de comunicaciones por satélite, artículo 18. 1 b) CUE/2000, en relación con el artículo 18, 2 a) y c) CUE/2000: el Estado de ejecución es el que alberga una estación terrestre para la transmisión por satélite de la comunicación, pero el objetivo de la interceptación no se encuentra en este Estado. Incluso, a través de un control remoto, el Estado de emisión puede escuchar las conversaciones sin intervención alguna del Estado de ejecución.

* Interceptación de comunicaciones en zonas fronterizas, artículo 20 CUE/2000, para lo que tampoco se precisa la colaboración del Estado donde se encuentra el objetivo a interceptar.

La cuestión debatida durante la tramitación legislativa era si resultaba conveniente incluir estos supuestos en la D/OEI o si, por el contrario, al originar una importante complejidad era preferible que quedaran al margen de este nuevo instrumento.

Los Estados que sostenían que era mejor opción la inclusión de todas las formas de interceptación de telecomunicaciones en el ámbito de la directiva alegaban que en aras a la claridad, y para permitir que futuros avances tecnológicos tuvieran también cabida en la OEI, el ámbito de ésta debería no hacer excepciones en este punto.

Para valorar debidamente esta cuestión se distribuyó entre las distintas delegaciones nacionales un cuestionario relativo a las intervenciones telefónicas, en el que, en función de cada tipo de intervención, se preguntaba cuántas se habían solicitado en ese Estado, cuántas se habían ejecutado y con qué porcentaje de éxito, todo ello en relación con los últimos cinco años. Asimismo, se preguntaba específicamente en el cuestionario si era técnicamente posible la transmisión inmediata de la comunicación al Estado solicitante o la utilización de un control remoto.

Las respuestas al cuestionario⁶²⁸ evidenciaron que en muchos Estados miembros se carecía de datos fiables sobre el flujo de comisiones rogatorias relativas a intervenciones telefónicas y ello porque se articulaban a través de comunicación directa entre las distintas autoridades judiciales implicadas. Partiendo de esta consideración, sí se pudo concluir que la intervención de telecomunicaciones ordinaria, ya sea con o sin transmisión directa, era la forma más utilizada en la práctica, mientras que el uso de otras formas de intervención (como la realizada a través de satélites o por mandos a distancia) era mucho menos frecuente⁶²⁹. Sin embargo ello no era razón suficiente para mantenerlas excluidas del ámbito de la OEI, pues con el devenir de los tiempos la situación podía verse modificada. Así las cosas, se reabrió el debate sobre la ampliación del ámbito a todas las formas de interceptación de telecomunicaciones, si bien sentándose la premisa de que debían ser reguladas con mucha más claridad que la ofrecida por el CUE/2000.

A lo largo del resto de negociaciones las intervenciones de telecomunicaciones fueron abordadas desde la perspectiva de debatir sobre qué regulación específica de

⁶²⁸ Documento 14591/10 de 12 de octubre de 2010.

⁶²⁹ Documento 14641/10 de 12 de octubre de 2010.

las mismas debería recogerse, pero admitiendo ya que se incardinasen dentro de la OEI en todas sus modalidades⁶³⁰.

Se propuso entonces diferenciar las dos situaciones que finalmente se plasmaron en los artículos 30 y 31 D/OEI y que distinguen según sea o no necesaria la asistencia técnica del otro Estado, con una normativa radicalmente distinta en uno y otro caso.

Como cuestión previa resulta necesario precisar qué comprende el término “intervención de telecomunicaciones” en la D/OEI: el considerando 30 señala que la cooperación al amparo de la OEI abarca también la obtención de datos de tráfico y de localización de comunicaciones, si bien estos casos deberán tratarse conforme al régimen general de la directiva. Por tanto, no serán de aplicación las normas específicas contenidas en materia de intervención de telecomunicaciones - art. 30 y 31 D/OEI - cuando se trate *únicamente* de obtener datos de tráfico y de localización. Sigue diciendo el considerando que la obtención de datos históricos de tráfico y de localización de las telecomunicaciones puede tener la consideración de medida de investigación coercitiva, quedando ello a expensas del derecho nacional del Estado de ejecución. Como veremos más adelante, estas precisiones serán claves para la operatividad de la OEI. Por eso creemos que la aclaración conceptual sobre qué debemos entender por intervención de comunicaciones a los efectos de la directiva debería haber sido trasladada al articulado, pues su mención sólo en considerandos puede no ser suficiente para llamar la atención a los legisladores nacionales y a los prácticos sobre esta cuestión.

La regulación específica de la intervención de telecomunicaciones recogida en los artículos 30 y 31 D/OEI toma como criterio diferenciador de una y otra medida el hecho de que se precise o no la asistencia técnica del Estado de ejecución para la efectiva intervención de la telecomunicación de que se trate:

a) Sin asistencia técnica

Si la asistencia técnica no es necesaria -caso previsto en el artículo 31 D/OEI- lo único que deberá hacer la autoridad de emisión es notificar la intervención al Estado miembro afectado por estar en su territorio la persona cuyas telecomunicaciones son intervenidas. Tras esta notificación, la autoridad correspondiente sólo deberá autorizar o denegar la ejecución que ya está teniendo lugar o que incluso ya ha finalizado. De hecho el artículo 31 D/OEI cambia la terminología, haciendo referencia no a Estado de emisión ni a Estado de ejecución, sino al Estado que realiza la intervención y al Estado notificado respectivamente.

La notificación de esta intervención sin asistencia se realizará en un formulario común y obligatorio que deberá remitir la autoridad que realiza la intervención. Este formulario se recoge en el anexo C de la D/OEI y deberá remitirse antes de la intervención, si al ordenarla es conocido que la persona estará en el otro Estado miembro; en otro caso, durante la intervención o con posterioridad a ésta, siempre inmediatamente después de tener conocimiento de que la persona se encontraba en el territorio del otro Estado.

Recibida la notificación, sólo si concurre la causa específica de que la intervención no pudiera realizarse en el Estado miembro afectado en un caso interno similar, sus autoridades disponen de un plazo de 96 horas desde la notificación para comunicar que no podrá realizarse la intervención; si ya ha empezado puede comunicar, alternativamente, que debe ponerse fin a la misma o que no podrá utilizarse el material

⁶³⁰ Documento 15999/10 de 11 de noviembre de 2010.

ya intervenido mientras la persona se encontraba en su territorio o que sólo podrá utilizarse con las condiciones que se especifiquen (indicando los motivos de estas condiciones).

El plazo de 96 horas se propuso que fuera ampliado hasta 30 días por algunas delegaciones; otras eran partidarias de que se designasen puntos de contacto en relación con la interceptación de telecomunicaciones para agilizar estas notificaciones⁶³¹, sin que ninguna de esas dos pretensiones prosperara finalmente.

b) Con asistencia técnica

El artículo 30 D/OEI regula el supuesto propiamente dicho de emisión de OEI para intervención de telecomunicaciones, el caso tradicional en el que la asistencia técnica es necesaria. Lo hace de conformidad con las siguientes previsiones:

-La OEI emitida se transmitirá sólo a un Estado, preferiblemente aquel en el que se encuentre la persona objeto del procedimiento penal.

-Resulta obligatorio facilitar información sobre los datos necesarios para identificar a la persona objeto de la intervención, la duración deseada de la intervención y los datos técnicos suficientes, en particular el identificador del objetivo⁶³², a fin de garantizar la ejecución de la medida.

-Deberán explicitarse las razones por las que la medida es pertinente para el procedimiento penal en cuestión.

-Se podrá realizar la intervención mediante la transmisión inmediata de la telecomunicación al Estado de emisión o mediante la intervención, registro y ulterior transmisión del resultado (pudiéndose acordar la transcripción, descodificación o descifrado del registro, con repercusión de los gastos al Estado de emisión de la OEI).

Durante las negociaciones algunas delegaciones consideraron que el acuerdo sobre si procedía la transmisión inmediata o la intervención, registro y ulterior transmisión debería alcanzarse entre los Estados afectados y no entre sus autoridades judiciales implicadas en el caso concreto⁶³³, que fue como finalmente se recogió en la D/OEI, que expresamente menciona que la autoridad de emisión y la de ejecución mantendrán consultas para acordar la modalidad de intervención.

Por otra parte, la regulación de las intervenciones de telecomunicaciones en la legislación nacional de los distintos Estados miembros tiene su incidencia en un doble plano:

* como causa de denegación facultativa, de modo que podrá denegarse la ejecución en el caso de que la medida no estuviera autorizada en casos internos similares;

* como condición de ejecución, posibilitándose imponer en la ejecución las mismas condiciones que regirían la intervención en un caso interno similar.

⁶³¹ Documento 17392/11 de 22 de noviembre de 2011.

⁶³² La traducción española de este artículo 30 D/OEI es redundante en los apartados 3.a (información necesaria para identificar a la persona) y 3.c (datos técnicos suficientes, en particular el identificado de la persona). La versión inglesa se refiere en este último caso a “the target identifier” en referencia creemos a los datos identificativos del terminal cuando se desconoce la identidad del usuario del mismo.

⁶³³ Documento 17392/11 de 22 de noviembre de 2011.

Algunas delegaciones objetaron en la negociación que esta inclusión favorecería el control de proporcionalidad en el Estado de ejecución (cuestión ésta que debería estar vedada en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales dentro de la Unión Europea) y que las condiciones deberían limitarse a las previstas legalmente, sin dar entrada a otros posibles requisitos que, de hecho, supusieran una complicación de las reglas para la intervención de telecomunicaciones. Sin embargo, estos argumentos no prosperaron, recogándose en el artículo 30 D/OEI esta posibilidad de condicionar la ejecución de las intervenciones de telecomunicaciones.

En definitiva, la regulación de las intervenciones telefónicas en la D/OEI supone una simplificación extraordinaria del procedimiento y somos de la opinión de que será de los aspectos de la nueva regulación que más impacto tendrá en la práctica⁶³⁴. Al mismo tiempo, garantizando la aplicación de la *lex fori* y de la *lex loci* no vemos peligros, derivados de este instrumento de cooperación internacional, para la adecuada protección de los derechos fundamentales afectados. Desde la perspectiva de la legislación española de implementación se plantea el reto, sin embargo, de a qué órgano judicial atribuir la competencia para ejecutar la OEI que contenga esta medida. Abordaremos esta cuestión en sede de ejecución por España de la D/OEI.

2.3 *Contenido de la orden europea de investigación*

El artículo 5.1 D/OEI regula el contenido y la forma de la OEI. Ahora bien, desde el momento en que ese mismo artículo configura como obligatorio utilizar el formulario recogido en el anexo A D/OEI, siendo éste es el único documento que la autoridad de emisión transmitirá a la autoridad de ejecución, no se aprecia razón alguna que haga necesario detallar un contenido mínimo para la OEI en el articulado de la directiva, como de hecho hace este artículo 5 D/OEI⁶³⁵, pues toda la información a la que hace referencia se corresponde con específicos apartados del formulario. Aun así, el artículo 5 D/OEI dispone que la OEI deberá contener la siguiente información:

- a) Los datos de la autoridad de emisión y, cuando proceda, de la autoridad validadora.
- b) El objeto y los motivos de la OEI.
- c) La información necesaria sobre la persona o personas afectadas.
- d) La descripción de la conducta delictiva que es objeto de la investigación o proceso y las disposiciones aplicables del derecho penal del Estado de emisión.
- e) La descripción de la medida o medidas de investigación que se solicitan y de las pruebas a obtener.

Sobre estas menciones sólo merece ser destacada la exigencia de detallar los motivos de la OEI que, como hemos observado *supra*, parece una reminiscencia de los mecanismos convencionales de asistencia.

Al margen de este precepto, en otros artículos de la D/OEI encontramos más previsiones relacionadas con el posible contenido de la OEI, algunas de ellas de importante calado. Haremos un análisis de las mismas siguiendo un esquema similar al utilizado con ocasión del EEP, de modo que el posible paralelismo entre ambos instrumentos -así como sus diferencias- resulten más patentes. Partiremos siempre de la premisa de que la

⁶³⁴ En el mismo sentido, cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de comunicaciones en la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal”, www.sepin.es, mayo 2015.

⁶³⁵ Hacerlo fue una propuesta del Parlamento Europeo, documento 9747/1/13 de 29 de mayo 2013.

OEI se centra en la *medida de investigación* -y medida cautelar, si incluimos las del art. 32 D/OEI- y en *cualquier medida* -excepto los EECCII y las vigilancias transfronterizas-.

2.3.1 Régimen de las medidas incluidas en la OEI

Para comprender la operatividad de la OEI es necesario que precisemos el régimen jurídico de las medidas contenidas en la orden. Se trata de dar respuesta a las siguientes cuestiones: a) determinar si la elección de la medida que lleva a cabo la autoridad de emisión es vinculante para la autoridad de ejecución; b) conocer si esta vinculación existe incluso aunque se trate de medidas coercitivas o si estas tienen un régimen particular; c) esclarecer si las medidas basta que vengan autorizadas por las autoridades del Estado de emisión o si, por el contrario, deben ser objeto de autorización judicial también en el Estado de ejecución.

Pues bien, la autoridad de emisión elige la medida de investigación que es útil para su procedimiento y, si se cumplen determinadas condiciones que analizaremos -de proporcionalidad, legalidad y necesidad- las incluirá en la OEI para que se ejecuten en el otro Estado miembro.

Una vez transmitida, el carácter inamovible o vinculante de esta medida para la autoridad de ejecución dependerá del tipo de medida de que se trate. Será necesario distinguir entre lo que llamaremos medidas ordinarias y medidas privilegiadas.

a) Medidas ordinarias

La regla general es la sustitución de la medida contenida en la OEI cuando la elegida por la autoridad de emisión: a) no exista en el derecho nacional del Estado de ejecución, b) no exista en un caso interno similar (en ambos casos conforme al art. 10.1 D/OEI, que compele imperativamente a la sustitución si ésta es posible); o c) cuando se obtenga el mismo resultado por medios menos invasores de la intimidad (art. 10.3 D/OEI, en esta caso la sustitución será facultativa).

De este amplio elenco de supuestos colegimos que la autoridad de ejecución goza de una amplia facultad (o deber) de sustitución de la medida, atendiendo no sólo a cuestiones de legalidad -que la medida no exista en el derecho del Estado de ejecución-, sino también de proporcionalidad en sentido estricto -que exista, pero no para un caso similar- o de necesidad -que se consiga el mismo resultado por un medio menos invasivo-.

El informe explicativo de la propuesta de D/OEI señalaba que este sistema de sustitución permitía dotar de flexibilidad al sistema, que era imprescindible en algunos casos (como cuando la medida recogida en la OEI no existía en el Estado de ejecución) y conveniente en otros (como cuando se podía lograr el mismo resultado por otro medio menos coercitivo)⁶³⁶. Pero también hubo quien puso de manifiesto los riesgos que la sustitución de la medida podía traer consigo, concretamente cuando se opte por una menos coercitiva. Es el caso del informe de Eurojust, que aboga por que la autoridad de ejecución tenga siempre disponible la posibilidad de ejecutar la medida contenida en la OEI si la menos intrusiva que pretendía obtener el mismo resultado finalmente no lo consigue. Ponía como ejemplo que en la OEI se contenga una entrada y registro para incautar documentos. Si la autoridad de ejecución opta por no realizar la entrada y registro y se limita a requerir la documentación a la persona afectada, en el caso de que ésta no la aporte

⁶³⁶ Documento 9288/10 de 3 de junio 2010.

inmediatamente debe poder llevar a cabo la entrada y registro que se contenía originariamente en la OEI, si no favorecerá que los documentos desaparezcan o sean destruidos⁶³⁷.

En relación con la facultad de sustitución de las medidas que no estén previstas en el Estado de ejecución, BACHMAIER recuerda que obligar a un Estado a llevar a cabo una medida de investigación que no esté regulada en su ordenamiento jurídico conculcaría el principio de suficiente previsión legal exigido en la jurisprudencia del TEDH en materia de medidas restrictivas de derechos fundamentales⁶³⁸. No podemos sino compartir plenamente esta observación, destacando que es pacífico este principio en nuestra doctrina jurisprudencial (cfr., por todas, la STC nº 145/2014 de 22 de septiembre 2014).

b) Medidas privilegiadas

La D/OEI configura un elenco de medidas mínimas -recogidas todas ellas en el artículo 10.2 D/OEI- a las que nos referiremos de ahora en adelante como *medidas privilegiadas* porque gozan de un especial régimen, basado en características especiales. Antes de enumerar las medidas privilegiadas veamos primero las tres características en las que se basa su privilegio:

- 1) Deben estar *siempre disponibles* en la legislación de los Estados miembros.
- 2) En principio, *no deben ser sustituidas*; aunque esta característica tiene la excepción de que se obtenga el mismo resultado por medios menos invasores de la intimidad, en cuyo caso será facultativo – no imperativo - para la autoridad de ejecución recurrir a una medida de investigación diferente de la indicada en la OEI.

AGUILERA critica que se deje a discreción de la autoridad de ejecución sustituir la medida contenida en la OEI por otra menos gravosa que consiga el mismo resultado, abogando por que el texto de la D/OEI hubiera contemplado como imperativa la sustitución de la medida también en estos supuestos para hacer la ejecución más acorde con las exigencias internas o propias del principio de proporcionalidad⁶³⁹.

- 3) En relación con ellas *no podrán invocarse determinadas causas de denegación*, concretamente las relativas a la doble tipificación de la conducta o a que la medida de que se trate esté reservada para determinados supuestos -categorías de delitos o determinado umbral punitivo- (art. 11.2 D/OEI).

De la concurrencia de estas tres características concluimos que para las medidas privilegiadas se suprime el filtro de la legalidad y de la proporcionalidad, manteniendo únicamente el de la necesidad. Por esta limitación en su sustitución y por la restricción de las causas de denegación, entendemos que son merecedoras de ser denominadas medidas privilegiadas, porque su régimen de reconocimiento mutuo es privilegiado⁶⁴⁰.

⁶³⁷ Documento 6814/11 de 4 de marzo de 2011.

⁶³⁸ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41...”, cit.

⁶³⁹ Cfr. AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, nº 2145, 2012.

⁶⁴⁰ No obstante, tenemos ciertas dudas sobre cómo funcionará este “privilegio” en la práctica. Pensemos que puede tratarse de una medida no invasiva que no esté recogida en nuestra legislación (pues como veremos a continuación, el resto de las medidas privilegiadas sí están reguladas en España). Bien pudiera

Las medidas privilegiadas vienen relacionadas en el artículo 10.2 D/OEI y son las siguientes cinco:

- a) La obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, de conformidad con el derecho nacional del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI.
- b) La obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal.
- c) La declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o un acusado o un tercero en el territorio del Estado de ejecución.
- d) Cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al derecho nacional del Estado de ejecución.
- e) La identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección de IP determinados.

La propuesta de directiva no contenía este listado de medidas privilegiadas, que fue introducido en la D/OEI durante las negociaciones en los órganos preparatorios del Consejo, en un debate estrechamente vinculado a las causas de denegación. Sólo al final del largo proceso negociador se desvinculó este elenco de las causas de denegación y se plasmó como refleja el actual texto, como medidas que excepcionan el régimen general de sustitución de las diligencias de investigación contenidas en la OEI.

Con esta previsión de medidas privilegiadas existe un importante efecto armonizador de diligencias de investigación en la UE, cuestión que no podemos dejar de destacar. Asimismo, el análisis de estas medidas de investigación privilegiadas nos conduce a las reflexiones siguientes.

-Las dos primeras [art. 10.2 a) y b) D/OEI, datos que ya obren en poder de la autoridad de ejecución o en base de datos] hacen referencia al principio de disponibilidad que, como ocurriera en el EEP, se extiende con la OEI al campo probatorio. Como hemos visto tiene limitaciones consistentes en que de conformidad con el derecho del Estado de ejecución esa información o esas pruebas que están ya disponibles hubieran podido obtenerse: a) en el contexto de un procedimiento penal o b) a los fines de la OEI y c) si están ya en base de datos, que sean directamente accesibles en el marco del proceso penal.

Estas limitaciones suponen una manifestación del filtro de proporcionalidad que parecía suprimido para estas medidas privilegiadas. El privilegio parece estar en que el control de proporcionalidad se hace más laxo, pero no desaparece del todo. Intentaremos explicarnos: el artículo 10.2 D/OEI hace inaplicable para las medidas privilegiadas el filtro de proporcionalidad del artículo 10.1 b) D/OEI- que la medida no exista *en un caso interno similar*-; sin embargo, mantiene el condicionante de la proporcionalidad al exigir que hubieran estado disponibles *para el proceso penal o para la OEI* si no se tuvieran con anterioridad que es, en definitiva, una consideración de proporcionalidad.

suceder que la autoridad española de ejecución que reciba una OEI con una medida no prevista en nuestro Derecho interno, extraña por tanto a la práctica forense habitual, sea más proclive a denegar la ejecución en aplicación de uno de los motivos de denegación que siguen vigentes para estas causas que a avenirse a ejecutar una medida inusual.

Este tema fue apuntado durante la negociación de la D/OEI, puesto que se consideraba que era necesario clarificar si los datos ya obtenidos mediante medidas coercitivas en el pasado recaían en el ámbito de aplicación de estas medidas privilegiadas o, por el contrario, estaban sometidos al régimen general⁶⁴¹.

Un ejemplo quizás clarifique cómo opera este régimen privilegiado. La muestra de ADN, de conformidad con la legislación nacional del Estado de ejecución, puede no poder obtenerse para un delito menos grave. Si la OEI pretende obtener esta muestra para ese delito, sería una medida ordinaria y estaría sujeta al régimen general, que podría conllevar denegar la ejecución. Si el ADN ya está obtenido en el Estado de ejecución, la transmisión de la información solicitada en la OEI sería una medida privilegiada. Si está en una base de datos sólo se requeriría que fuera directamente accesible a la autoridad de ejecución. Si la información no está en base de datos pero sí está disponible a las autoridades, el filtro sería que pudiera obtenerse ese dato en el proceso penal o a los fines de la OEI. Por tanto, se mitiga el filtro de proporcionalidad pero no desaparece.

-La tercera, relativa a la toma de declaraciones en cualquier condición [art.10.2 c) D/OEI] tiene su fundamento en que es previsible que exista en todos los Estados miembros. Es importante destacar los términos amplísimos en los que viene redactado el texto, porque alude a declaraciones de testigos, víctimas, sospechosos, acusados, condenados, peritos o un tercero.

No resulta fácil imaginar que condición procesal tendrá este tercero que no tiene encaje en el resto de categorías procesales, pero bien puede ser que se refiera a quien es propietario de un bien embargado sin ser sospechoso ni testigo de la actividad delictiva, por ejemplo.

La duda que suscita esta medida es si, para el caso de testigos o peritos, está incluyendo también aquellos casos en los que haya que utilizar medidas coercitivas en la obtención de su testimonio, por ejemplo, porque el testigo no se avenga a acudir a declarar voluntariamente. A nuestro juicio sí está incluido este supuesto, porque de hecho en la siguiente medida privilegiada tiene cabida cualquier diligencia no invasiva, por lo que entender esta tercera de otra manera resultaría redundante.

Esta medida privilegiada puede quizás plantear problemas interpretativos en algunos casos. Estamos pensando, por ejemplo, que puede darlos en relación con legislaciones que impongan una edad mínima para declarar como testigo, de modo que la OEI que contenga como diligencia a practicar la declaración de un menor que no alcance ese umbral no podría ser rechazada con base en la causa de denegación relativa a que no está permitida en la legislación nacional del Estado de ejecución para un caso similar. Idéntico razonamiento puede hacerse con la declaración de imputado. Si España recibe una OEI para la toma de declaración de un imputado de 10 años podría considerarse que la medida en sí – toma de declaración – es una de las privilegiadas y por tanto no puede rechazarse por no estar prevista en nuestro derecho – pues no lo está para infractores de esa edad, como es sabido -. Para denegar la ejecución de la OEI habría que acudir, por tanto, a otra causa de denegación del artículo 11 D/OEI, como la protección de derechos fundamentales. Lo anterior es ilustrativo, en definitiva, de que las categorías incluidas en las medidas privilegiadas no pueden equipararse a medidas que serán en todo caso reconocidas automáticamente.

-La cuarta hace referencia a medidas de investigación no invasivas [art. 10.2 d) D/OEI]. El considerando 16 detalla que por medidas no invasivas hemos de entender, por

⁶⁴¹ Documento 8036/11 de 25 de marzo de 2011.

ejemplo, medidas que no violan el derecho a la vida privada o el derecho a la propiedad, dependiendo del derecho nacional de que se trate. El parámetro con el que medir si la medida es invasiva o no lo proporciona el propio artículo 10.2d D/OEI cuando precisa que este carácter deberá ser definido con arreglo al derecho nacional del Estado de ejecución. Por tanto, si la medida elegida por la autoridad de emisión no es una medida restrictiva de derechos fundamentales -de conformidad con la legislación del Estado de ejecución- sus autoridades deben ejecutar ésta y no otra medida (todo esto sin perjuicio de recordar que la sustitución viene limitada pero no suprimida en las medidas privilegiadas, dado que facultativamente se podrá acudir a otra medida que, siendo menos invasora aún de la intimidad, permita obtener el mismo resultado).

-La quinta medida privilegiada, consistente en la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados [art. 10.2 e) D/OEI] tiene una característica que la singulariza en relación con las demás medidas: es la única de las medidas privilegiadas que describe el resultado que se pretende obtener, no la actuación a practicar para obtenerlo⁶⁴². Esto es, rastrear bases de datos para recabar información que ya obre en poder de autoridades para transmitirla a la autoridad de emisión, practicar audiciones o adoptar medidas de investigación no invasivas hacen referencia a la medida en sí. La identificación del titular del número de teléfono o de la dirección de IP no es una medida, es el resultado que pretende obtenerse con la medida de investigación. Ciertamente es que las posibilidades de recabar ese resultado se circunscriben prácticamente a una diligencia posible⁶⁴³, pedir la cesión del dato a la compañía de comunicaciones correspondiente, pero, al menos en teoría, es destacable este cambio de enfoque, que por otra parte nos retrotrae al EEP.

La inclusión de la obtención de la titularidad del teléfono o de la IP entre las medidas privilegiadas del artículo 10.2 D/OEI consagra una triple regulación en la directiva de la prueba relacionada con las comunicaciones: si se tratara de acceder al contenido de la comunicación habrá que acudir al régimen especial de los artículos 30 y 31 D/OEI para su interceptación; si se tratara de datos históricos de llamadas, geolocalización o cualquier otro dato asociado a la comunicación distinto de la titularidad habría que estar al régimen general (considerando 30 D/OEI⁶⁴⁴); finalmente, si sólo se pretendiera conocer al titular del terminal de comunicación - telefónico o IP -, al régimen de medidas privilegiadas del artículo 10.2 D/OEI.

⁶⁴² En relación con las demás medidas, también la obtención de información bancaria y financiera de los artículos 26 y 27 D/OEI participa de este enfoque centrado en el resultado, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las medidas específicamente reguladas en la D/OEI, que mantienen la filosofía general del instrumento de tomar en consideración la medida en sí, como la intervención telefónica, la audiencia por medios técnicos, las entregas vigiladas o las investigaciones encubiertas.

⁶⁴³ Por otros medios puede averiguarse el usuario de la línea, pensemos por ejemplo en seguimientos o vigilancia a un determinado investigado, comprobando que, si llamamos a ese número, es esa persona la que atiende la llamada. Pero una cosa es el usuario y otra el titular, que no tienen por qué coincidir. La titularidad podemos averiguarla también a través de documentación, por ejemplo a través de las facturas que la compañía emita al titular de la línea, que pueden estar accesibles sin coerción alguna por haber sido abandonadas en una papelería, por ejemplo. Pero lo probable es que el precepto ahora analizado no esté pensando en estos supuestos sino en la averiguación de la titularidad de la línea mediante la solicitud de cesión de este dato a la compañía de comunicaciones, pues este será el modo habitual de acceder a esta información.

⁶⁴⁴ El considerando 30 D/OEI expresamente señala que una OEI emitida con el fin de obtener datos históricos de tráfico y de localización de las telecomunicaciones debe tratarse con arreglo al régimen general de ejecución de la OEI y podrá considerarse, en función del derecho nacional del Estado de ejecución, como una medida de investigación coercitiva.

De esta quinta medida privilegiada nos interesa también su relación con el resto de la normativa europea sobre cesión de datos de tráfico, que venía constituida por la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE⁶⁴⁵. El artículo 5 de esta Directiva 2006/24 detallaba las categorías de datos que deben ser conservados para su cesión. Entre estos datos encontramos los relativos al titular de las comunicaciones. Su cesión venía limitada en la Directiva 2006/24 a la investigación y enjuiciamiento de delitos graves⁶⁴⁶. En el mismo sentido, la legislación española de implementación de esta directiva, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones⁶⁴⁷. Lo relevante, es que esta Directiva 2006/24 fue declarada inválida por el TJUE en sentencia de 8 de abril de 2014. La sentencia, dictada en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 - Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros- resolvía la solicitud de la *High Court* (Tribunal Superior de Irlanda) y el *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional de Austria) sobre el examen de la validez de la directiva, en particular a la luz de dos derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: el derecho fundamental al respeto de la vida privada y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. El Tribunal consideró que la directiva no fija ningún criterio objetivo que permita garantizar que las autoridades nacionales competentes únicamente tendrán acceso a los datos y podrán utilizarlos para prevenir, detectar o reprimir penalmente delitos que, por la magnitud y la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales en cuestión, puedan considerarse suficientemente graves para justificar tal injerencia. Por el contrario, la directiva se limita a remitir *de manera general* a los “delitos graves” definidos por cada Estado miembro en su ordenamiento jurídico interno⁶⁴⁸. Esta sentencia es posterior en cinco días a la promulgación de la D/OEI y nos hace concluir que el carácter privilegiado de la medida que ahora nos ocupa es contradictorio con el pronunciamiento del TJUE, que hace de la proporcionalidad uno de los parámetros que al no venir suficientemente garantizados en la directiva, conducen a la declaración de su invalidez. El carácter privilegiado de la medida obliga, recordemos, a que deba existir en todo caso en el derecho del Estado de ejecución (art. 10.2 D/OEI) y que no pueda denegarse su ejecución por causas relativas a la doble tipificación de la conducta ni porque esté reservada para determinadas categorías delictivas o que superen un determinado umbral punitivo (art. 11.2 D/OEI). En conclusión, somos de la opinión de que la interpretación de esta medida privilegiada del art. 10.2 e) D/OEI debe hacerse a la luz de esta STJUE, de modo que si el delito que motivó la emisión de la OEI no es grave de conformidad con la legislación del Estado de ejecución deberá sustituirse la medida por otra o incluso denegar la ejecución al amparo de la cláusula relativa a infracción de derechos fundamentales.

c) Sistema de doble autorización

Examinado ya el régimen general de medidas y el previsto para las privilegios, retomando el hilo expositivo que anunciábamos al principio de este epígrafe interesa

⁶⁴⁵ DOUE L 105, de 13 de abril de 2006.

⁶⁴⁶ Art. 1.1 Directiva 2006/24.

⁶⁴⁷ BOE de 19 de octubre de 2007.

⁶⁴⁸ Epígrafe 60 de la sentencia.

ahora analizar qué sistema de autorización prevé la D/OEI para las medidas de investigación que se recojan en la OEI. De su articulado concluimos que la directiva consagra el principio de doble autorización judicial de la medida si este tipo de autorización es exigida por las respectivas legislaciones internas de los dos Estados miembros implicados, de emisión y de ejecución. Veamos el proceso en cada uno de ellos.

- Para incluirla en la OEI, la medida de investigación debe haber sido acordada judicialmente en el Estado de emisión, pues esta es la premisa que permitiría su posterior reconocimiento en el Estado de ejecución. La adopción, como es lógico, debe respetar las garantías que prevea para cada tipo de medida la legislación interna del Estado de emisión.

Por ejemplo, si se tratase de una OEI para la cesión de datos de tráfico de comunicaciones, en el procedimiento español lo primero exigible es contar con la correspondiente autorización judicial para la cesión de estos datos. Esta cesión no puede acordarla la fiscalía, al no tener competencia al amparo del artículo 6.1 ley 25/2007 de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que exige expresamente autorización judicial en todo caso. Sería preciso, por tanto, que la OEI la emita un juez que previamente ha autorizado la cesión.

- Una vez adoptada la medida en el Estado de emisión y transmitida al Estado de ejecución, el artículo 2.d) D/OEI exige que para la ejecución de la medida se sigan los procedimientos aplicables en un caso interno similar, incluyendo expresamente que se recabe autorización judicial en el Estado de ejecución cuando así se disponga en la legislación interna.

Siguiendo con el ejemplo antes expuesto, pero a la inversa, si la cesión de datos de tráfico pudiera acordarla la fiscalía en el Estado de emisión de que se trate, a la hora de ejecutarla en España sería necesario satisfacer el procedimiento interno previsto para un caso similar, esto es, obtener la correspondiente autorización judicial. En este caso habría autorización judicial en el Estado de ejecución. Pero si también la emisión ha sido autorizada judicialmente en el Estado de origen ello no obsta a que deba cumplirse el requisito exigido en España para su ejecución, que haya autorización judicial española. En la práctica, por tanto, para esta y para otras medidas que restrinjan derechos fundamentales se contará con doble autorización judicial.

Sobre la autorización judicial en el Estado de ejecución volveremos con ocasión de la ejecución de la OEI en España pero baste adelantar que entendemos que esta exigencia de “seguir los procedimientos de la legislación del Estado de ejecución” no puede limitarse a una mera formalidad, que formalmente haya autorización judicial. Por el contrario, obliga a conciliar las exigencias del reconocimiento mutuo en que se basa la D/OEI con las que su propio ordenamiento jurídico interno prevé para determinadas medidas que, por ser restrictivas de derechos fundamentales, están reservadas a autorización judicial. Dicho de otro modo, que haya un control sobre la legalidad, proporcionalidad, necesidad, idoneidad y subsidiariedad de la medida. Que la D/OEI opte por este sistema de doble filtro de autorización de la medida, conforme a la legislación del Estado de emisión y a la del Estado de ejecución, nos parece una garantía para la admisibilidad de la prueba obtenida a través de la OEI. Celebramos por tanto su inclusión, aunque entendemos que podría haberse utilizado una técnica legislativa más clara [no con ocasión de la definición de la autoridad de ejecución, como hace el art. 2.d) D/OEI].

El régimen jurídico expuesto nos permite cuestionar hasta qué punto la D/OEI supone una efectiva manifestación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales: la generosa facultad de sustitución de la medida - también las amplias causas de denegación que luego veremos - y el régimen de doble autorización si así lo contemplara la legislación nacional asemeja notablemente su operatividad al sistema de asistencia convencional. Nos parece significativo de que los Estados miembros de la UE no están en condiciones de asumir un principio como el de reconocimiento mutuo en materias tan sensibles como la obtención de prueba. BACHMAIER lo ilustra muy gráficamente con ocasión del estudio del principio de proporcionalidad y el requisito de la doble incriminación: aunque el Consejo y la Comisión entiendan que el requisito de la doble tipificación de la conducta es contrario al principio de reconocimiento mutuo, lo cierto es la razón para que una conducta no está tipificada en los dos Estados involucrados en la obtención de prueba se encuentra en que estos Estados no comparten los mismos valores y en esas circunstancias no resulta coherente afirmar que existe entre ellos confianza mutua. Si no comparten la necesidad de sancionar una conducta no pueden considerar apropiada, necesaria y proporcional la ejecución de una medida de investigación que esclarezca esta conducta⁶⁴⁹. La conclusión a la que llegamos del estudio de la D/OEI enlaza con lo que anunciamos con ocasión del estudio del reconocimiento mutuo y su perspectiva de futuro en capítulos anteriores: la obtención de prueba transnacional a través de manifestaciones estrictas del principio de reconocimiento mutuo sin una previa armonización penal y procesal produce una auténtica distorsión de los derechos nacionales de los Estados miembros que nadie – ni siquiera el legislador europeo – está dispuesto a asumir. Para mitigar este efecto indeseado, la D/OEI recoge un sistema de “vías de escape” del que las facultades de sustitución de la medida de investigación y la doble autorización judicial son un claro exponente. Pero con un límite, las medidas privilegiadas, mínimo común denominador donde el reconocimiento mutuo en la obtención de prueba produce sus efectos plenos (o casi, por el juego de las causas de denegación que no vienen excluidas). Este privilegio parece tener sentido cuando se trata de medidas no invasivas o restrictivas de derechos fundamentales. Es más cuestionable que lo tenga en relación con prueba que esté ya obtenida. Pero vuelve a generar distorsiones conforme la medida sea más invasiva (testigos que coercitivamente son conminados a declarar u obtención de datos telefónicos, aunque afecten sólo a la identificación del titular). El resultado final es un instrumento híbrido, con un delicado y frágil equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales, el respeto a las legislaciones nacionales y la necesidad de garantizar la eficacia en la cooperación internacional contra actividades delictivas. Eso sí, probablemente este híbrido es el único resultado posible sin la tan demandada previa armonización.

2.3.2 Formalidades y procedimientos en la práctica de la diligencia de investigación

De manera coherente con el régimen que hemos visto para la decisión sobre qué medidas serán ejecutadas, el cómo lo serán es también un sistema respetuoso con las dos legislaciones implicadas en la obtención de prueba transfronteriza, la del Estado de emisión y la del Estado de ejecución. De este modo, la legislación que se aplicará en ejecución de las medidas de investigación recogidas en la OEI es la del Estado de

⁶⁴⁹ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 25, 2011.

ejecución o *lex loci* pero con la posibilidad de respetar los procedimientos y formalidades de la *lex fori*.

Así se desprende del artículo 9.1 D/OEI cuando señala que la autoridad de ejecución “se asegurará de que se ejecute de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si la medida de investigación hubiera sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución”, aunque añade a continuación la posibilidad de denegar la ejecución o de aplazarla. En el mismo sentido el artículo 2.d) D/OEI, al definir la autoridad de ejecución, señala que deber tener competencia para ejecutar una OEI y asegurar su ejecución “de conformidad con la presente directiva y los procedimientos aplicables en un caso interno similar”. Sentada esta regla general, la D/OEI contiene la previsión, esencial a efectos de admisibilidad de la prueba obtenida, de que deban observarse en la ejecución de la OEI las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo que la propia D/OEI disponga lo contrario y siempre que no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución (art. 9.2 D/OEI). Ya hemos visto que la D/OEI dispone lo contrario - que la ejecución se regirá únicamente por la legislación del Estado de ejecución- en algunas de las medidas de investigación reguladas específicamente en la propia D/OEI, como las investigaciones encubiertas, siendo por ello merecedoras de un tratamiento diferenciado o especial en la propia directiva.

Por otra parte, este margen de aplicación de la *lex fori*, además de ser tributario del artículo 4 CUE/2000, se contiene de manera generalizada en los demás instrumentos de reconocimiento mutuo que inciden en la obtención de prueba, por lo que en modo alguno supone una novedad de la D/OEI.

Incidiremos en las formalidades y procedimientos que puedan hacer constar las autoridades españolas en el capítulo último, con ocasión de la admisibilidad de la prueba transfronteriza en el proceso español. Baste decir por ahora que en el informe explicativo de la propuesta de D/OEI se apuntaba que esta previsión de respetar los procedimientos y formalidades permitía conciliar la necesidad de garantizar la admisibilidad de las pruebas y la norma sobre la ley aplicable, que no es otra que la del Estado de ejecución⁶⁵⁰. En esta misma línea, con ocasión del artículo 9.6 D/OEI que favorece el intercambio de consultas entre la autoridad de emisión y la de ejecución para facilitar la aplicación de esta previsión, MARTÍNEZ destaca cómo este tipo de previsiones suponen una invitación a las autoridades implicadas en la emisión y en la ejecución para que pongan en común el *modus operandi* del acto de investigación concretamente solicitado, con el fin de evitar ilicitudes de prueba, gastos inútiles y responsabilidades civiles y penales⁶⁵¹.

Además de esta previsión general de respetar procedimientos y formalidades indicados por la autoridad de emisión, la D/OEI contempla también la petición de que la medida de investigación se lleve a cabo en una fecha concreta. También que, debido a plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes, se practique en un plazo más corto al previsto con carácter general para este instrumento (art. 12.1 D/OEI).

Pero lo que entendemos muy importante, y desde luego novedoso en los instrumentos de reconocimiento mutuo - concretamente en comparación con la DM/EEP- es la

⁶⁵⁰ Documento 9288/10 ADD 1 de 3 de junio de 2010.

⁶⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, E., “La orden de investigación europea. Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España (I)” *La Ley Penal*, Nº 106, 2014.

previsión en materia de confidencialidad durante la ejecución de la orden. El artículo 19 D/OEI obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que *garanticen* la confidencialidad. Para su introducción en la D/OEI se tomó como referencia el artículo 33 del convenio del Consejo de Europa de 8 de noviembre de 1990 de blanqueo, embargo y confiscación del producto del delito⁶⁵². Estas medidas para garantizar la confidencialidad que deben ser tomadas por los Estados tienen un doble destinatario:

-Un primer destinatario serían las autoridades de emisión y de ejecución, de modo que éstas dispongan en su ordenamiento jurídico interno de mecanismos para mantener en secreto la ejecución de la OEI. El desarrollo de este aspecto lo veremos en los respectivos capítulos de emisión y de ejecución pero baste adelantar que es crucial para la operatividad práctica de la OEI y entendemos que condicionará, como veremos, la propia designación de autoridades de ejecución, al menos en lo que al ordenamiento jurídico español se refiere.

Adelantemos que la D/OEI parte de la premisa de que la ejecución de la OEI será siempre confidencial, toda vez que no hay una casilla específica en el certificado que permita marcar si la actuación debe o no ser reservada y que de hecho el formulario del anexo A comienza con una enunciación que reza literalmente “solicito la realización de la medida o medidas de investigación especificadas a continuación *teniendo debidamente en cuenta la confidencialidad de la investigación* y el traslado de la prueba obtenida como resultado de la ejecución de la OEI”.

- El segundo destinatario serían los bancos cuando la OEI trate de obtener información bancaria, de modo que éstos no revelen al cliente ni a terceros el hecho de que se haya transmitido información al Estado de emisión o de que se está llevando a cabo una investigación. Esta previsión, de indudable utilidad práctica, parece que encaja mal con la base legal que sirve de fundamento para la promulgación de la directiva, que no es otra que la cooperación judicial penal, como hemos desarrollado en páginas anteriores. Es destacable, eso sí, que la limitación concierne a la transmisión de información y la existencia de una investigación, preguntándonos si también comprende que se hayan adoptado medidas cautelares sobre las cuentas bancarias, al amparo de lo previsto en el art. 32 D/OEI. Creemos que la respuesta debe ser positiva, aunque será sin duda una cuestión que generará cierta controversia en la práctica (porque quedará al criterio interpretativo de los bancos, sin perjuicio de que en la mayoría de los casos el embargo sea algo fácilmente detectable por el afectado, no así el hecho de que se haya transmitido información).

2.3.3 Participación de la autoridad de emisión en la ejecución de la OEI

Por su especificidad, y por la importancia para la ulterior admisibilidad de la prueba obtenida, debemos detenernos en la posibilidad de que las autoridades del Estado de emisión participen en la ejecución de la OEI en el territorio del Estado de ejecución, materia regulada en el artículo 9.4 y 9.5 D/OEI.

En la propuesta de directiva ya se contemplaba esta intervención, pero en términos sólo parcialmente coincidentes con el texto finalmente aprobado. El Grupo de Trabajo entendió que era una previsión novedosa en comparación con los instrumentos legales vigentes para la obtención de prueba y se consideró necesario discutir una serie de cuestiones que esta posibilidad conllevaba.

⁶⁵² Así se destaca en el documento 17854/10 de 22 de diciembre de 2010.

Las siguientes cuestiones relativas a la participación de autoridades del Estado de emisión en la ejecución de la OEI en el Estado de ejecución requieren su estudio pormenorizado:

1º) Tipos de autoridades

Durante la negociación de la directiva se generó cierto debate sobre las personas del Estado de emisión que podrían ser autorizadas a estar presentes durante la ejecución de la OEI. Se consideraba que debería dilucidarse qué tipos de autoridades podrían encuadrarse en este caso, concluyéndose que no se refería únicamente a la autoridad de emisión, sino que se haría extensiva esta posibilidad a cualquier autoridad competente del Estado de emisión, como por ejemplo a la autoridad policial encargada de la investigación.

Una delegación planteó si cabría entender que esta previsión abarcaba la participación de un abogado del Estado de emisión, cuestión descartada por la Presidencia, que entendió que debía restringirse a autoridades que pudieran prestar asistencia a la autoridad de ejecución. Se consideró, además, que la participación del letrado podría enmarcarse en las formalidades y procedimientos que la autoridad de emisión requiriese a la autoridad de ejecución⁶⁵³.

Finalmente, la D/OEI permite que la autoridad de emisión pida que “una o varias autoridades del Estado de emisión” asistan a la ejecución de la OEI. Pero contiene asimismo una limitación: la necesidad de que esas autoridades estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación en un caso interno similar. Esta limitación puede resultar un tanto excesiva en nuestra opinión. Que sea el tipo concreto de autoridad que ejecutaría la medida de investigación en un caso similar no parece que reporte garantía alguna. Sin embargo, razones de otro tipo (conocimiento del idioma, experiencia previa u otras) podrían haber justificado mayor flexibilidad, de modo que fuese suficiente con que fuera autoridad del Estado de emisión, quedando a elección de éste qué concretas autoridades envía.

En relación con la participación de los letrados, somos partidarios de que la redacción de la D/OEI debería haber hecho mención específica a su intervención durante la ejecución de la OEI en el otro Estado miembro, cuestión ahora vedada al amparo de este precepto porque bajo el término “autoridad” utilizado en el artículo 9.4 D/OEI en modo alguno puede encuadrarse a los letrados. Sobre esto insistiremos a lo largo de toda esta investigación: su presencia, en según qué diligencias de investigación, puede resultar útil para el procedimiento penal y es congruente con el hecho de que se contemple expresamente en la D/OEI que se practique precisamente a su instancia. La intervención de los letrados entendemos que redundaría en una mayor equidad del proceso de obtención de prueba, evitando ulteriores recursos en materia de admisibilidad por no haber podido objetar durante su obtención el modo en que ésta se estaba llevando a cabo. Es, en definitiva, una manifestación del principio de contradicción que, con limitaciones, también está presente durante la fase de instrucción. Y, finalmente, supone una disparidad en relación con las facultades que sí se confieren a la acusación, pues el fiscal, en su condición de autoridad, sí podrá participar en la obtención de la prueba. Por eso entendemos que, a efectos al menos del proceso español, la participación de la defensa debiera tener cabida en la expresa exigencia de que se respeten determinadas

⁶⁵³ Documento 12201/10 de 20 de julio de 2010.

formalidades o procedimientos en los términos en que viene regulado en el artículo 9.2 D/OEI.

2º) Régimen de autorización

La novedad de la D/OEI en relación con previsiones similares de convenios de asistencia penal es que hace obligatorio para la autoridad de ejecución conceder autorización para que autoridades del Estado de emisión estén presentes y participen durante la ejecución de la orden, si bien con la única salvedad de que autorizarlo no sea contrario a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución ni perjudique sus intereses de seguridad nacional esenciales.

Durante la negociación de la directiva este carácter obligatorio generó suspicacias haciendo que algunas delegaciones quisieran dotar de mayor flexibilidad a esta previsión. De ahí que instaran la inclusión de la seguridad nacional como razón para rechazar esta participación⁶⁵⁴. Recordemos que el hecho de que las autoridades requirentes pudieran estar presentes en la ejecución de la comisión rogatoria en el Estado requerido venía ya previsto en el artículo 4 CCE/1959, pero era potestativo que así se autorizara.

El concepto “intereses esenciales de seguridad nacional” es sin duda un concepto indeterminado. No parece que al amparo del mismo tenga cabida cualquier motivo arbitrario, consideramos que la razón deberá ser de entidad para permitir encuadrarse en este motivo de no autorización. Su inclusión encaja mal con el marco de la confianza recíproca tan predicada de los instrumentos de reconocimiento mutuo, máxime cuando la participación se está circunscribiendo a autoridades de otro Estado miembro y no a letrados, que, como hemos visto, quedaron excluidos de este régimen.

3º) Participación

También durante la negociación de la directiva se consideró necesario concretar qué tipo de participación podría tener esa autoridad del Estado de emisión durante la ejecución de la OEI en el Estado de ejecución. Finalmente se recogió la misma en el sentido de que la finalidad de su participación consistía en “apoyar” a las autoridades competentes del Estado de ejecución. Cuestión interpretable es qué debemos entender por esta expresión. La D/OEI sólo lo desarrolla en una faceta, aunque de mucha utilidad. Nos referimos a la previsión del artículo 13.1 párrafo segundo D/OEI de que, si así se solicita y es posible conforme al derecho interno del Estado de ejecución, las pruebas obtenidas se trasladen inmediatamente a las autoridades del Estado de emisión que participan en la ejecución de la orden.

En todo lo demás que no está especialmente detallado entendemos que el apoyo puede ser de carácter material u operativo. No es infrecuente en la práctica que, por ejemplo durante la ejecución de entradas y registros solicitadas en virtud de comisiones rogatorias, se autorice la presencia de agentes de la autoridad del Estado requirente, de modo que éstas, conocedoras del idioma en el que puede estar la documentación a incautar, ayudan a seleccionar los documentos u otros objetos hallados durante el registro en función de la utilidad que los mismos reportan para su investigación.

Pero el apoyo puede ser crucial en otro sentido, singularmente para garantizar la admisibilidad de la prueba obtenida. Nos referimos, por ejemplo, a la posibilidad de que a través de ellos se garantice la cadena de custodia de los objetos incautados durante el

⁶⁵⁴ Documento 12201/10 de 20 de julio de 2010.

registro. La presencia de los agentes del Estado de emisión, que podrán luego fácilmente declarar como testigos en la fase de enjuiciamiento, podrá ser decisiva para dar a conocer al tribunal las circunstancias en que dichos objetos fueron incautados y conservados hasta su puesta a disposición de la autoridad de emisión.

En todos estos supuestos su participación puede ser activa, si bien con una limitación. La D/OEI condiciona que tengan competencia coercitiva a dos requisitos: que sea conforme con el derecho del Estado de ejecución y que sea así acordado por las respectivas autoridades de emisión y ejecución. La delegación holandesa era partidaria de que esta imposibilidad de utilizar medidas coercitivas se recogiera expresamente en el articulado, y, por tanto, no sólo en los considerandos, como estaba inicialmente en la propuesta⁶⁵⁵. Así se hizo finalmente, dando lugar al último inciso del artículo 9.5 D/OEI, sin perjuicio de que el considerando 11 lo anticipe.

4º) Régimen jurídico

Expresamente exige la D/OEI que las autoridades de emisión presentes en el Estado de ejecución se sometan al derecho del Estado de ejecución.

Durante la negociación de la directiva se consideró que las normas que regulasen la actuación de estas autoridades quizás necesitaban de mayor detalle, concretamente en lo relativo a si resultaba posible que estas autoridades llevaran armas, sin perjuicio de que el régimen de responsabilidad civil y criminal se entendía cubierto por las previsiones que contenía la propuesta en cuanto a responsabilidad de los funcionarios.

Los artículos 17 y 18 D/OEI regulan la responsabilidad penal y civil de los funcionarios del Estado de emisión que se encuentren presentes en el territorio del Estado de ejecución. Lo hacen en el sentido de equipararlos a los propios funcionarios del Estado de ejecución en cuanto a los delitos cometidos contra ellos o por ellos, pero en el ámbito civil el Estado de emisión será responsable de los daños y perjuicios causados a cualquier persona por sus funcionarios en el transcurso de las operaciones llevadas a cabo en el Estado de ejecución, al que deberá reintegrar las cantidades abonadas a las víctimas o sus derechohabientes.

Durante la negociación de este artículo, la delegación de Luxemburgo presentó una propuesta para la inclusión de una mención específica a que la información que recaben las autoridades de emisión (durante su participación en la ejecución de la OEI en el Estado de ejecución) no podrá ser utilizada como prueba hasta que se haya acordado su traslado conforme a la D/OEI⁶⁵⁶. Esta propuesta no alcanzó el consenso necesario para ser incluida en el texto definitivo, pero trae a colación el uso que pueda hacer la autoridad de emisión de aquello que presencié durante la ejecución de la OEI cuando todavía no se ha formalizado el traslado.

Por ejemplo, un agente español está presente durante la entrada y registro desarrollada en el Estado de ejecución y constata la existencia de otro domicilio del investigado en otro Estado miembro. La cuestión que deja abierta la indefinición de la D/OEI sobre este aspecto es si la autoridad española puede hacer uso de esa información, solicitando al juez de instrucción la entrada y registro en el nuevo domicilio antes de que la autoridad de ejecución traslade oficialmente la prueba recabada en ejecución de la OEI.

⁶⁵⁵ Documento 12862/10 de 30 de agosto de 2010.

⁶⁵⁶ Documento 15103/10 de 18 de octubre de 2010.

2.3.4 Costes

Finalmente, a diferencia de lo que ocurría con la DM/EEP, que nada regula sobre cómo sufragar los costes derivados de su ejecución, la D/OEI dedica el artículo 21 a esta cuestión.

La regla general es que el Estado de ejecución asumirá la totalidad de los costes relacionados con la ejecución de la OEI en su territorio, con las siguientes excepciones:

- a) Que la propia D/OEI disponga lo contrario. Y lo hace en relación con el traslado de detenidos (art. 22 y 23 D/OEI) y la transcripción, descriptado y decodificación de las comunicaciones intervenidas (art. 30 D/OEI).
- b) Que sean excepcionalmente elevados a juicio de la autoridad de ejecución. En este caso se genera una obligación de informar previamente a la autoridad de emisión, con la que se tratará de alcanzar un acuerdo para el reparto de los costes, acuerdo que si no se alcanza obliga a retirar el certificado, pues de otro modo la autoridad de emisión deberá sufragar la parte de los costes que la autoridad de ejecución considere especialmente elevada (art. 21.2 y 3 D/OEI).

El considerando 23 D/OEI ejemplifica supuestos de costes elevados mencionando dictámenes complejos de peritos o actividades policiales operativas o de vigilancia de gran envergadura que se prolonguen por largos periodos de tiempo. Según este mismo considerando, el desacuerdo en materia de reparto de los costes no puede suponer un motivo adicional de denegación ni debe implicar una demora de la ejecución de la OEI o impedir que la misma se lleve a cabo,

Que el coste excesivo fuera una causa de denegación fue algo que se planteó durante las negociaciones de la D/OEI, dando lugar a interminables discusiones en los órganos preparatorios del Consejo, sin que finalmente prosperara que fuera una causa de denegación ni que se fijaran unos porcentajes determinados, como se llegó a proponer. La Presidencia del momento (húngara) propuso que Eurojust tuviera un papel en la resolución de este conflicto sobre quién debía abonar los costes de la ejecución de una OEI⁶⁵⁷. Eurojust, por su parte, fue de la opinión de que no debía resolver la cuestión de los costes, que es algo que afecta a los presupuestos de los Estados miembros, si bien podría prestar apoyo y facilitar acuerdos en casos particulares⁶⁵⁸. Finalmente se optó por la fórmula antes reseñada de una regla general (a cargo del Estado de ejecución) si bien con la posibilidad, ante casos excepcionales, de promover el reparto previo consenso, facilitando la retirada si éste no se alcanza y con asunción del gasto por el Estado de emisión si no se retira.

El legislador español, al implementar este artículo 21 D/OEI, deberá tener en cuenta estas singularidades. La LRM ya prevé el traslado al Ministerio de Justicia ante gastos excepcionales derivados del instrumento de reconocimiento mutuo de decomiso, tanto en su emisión (art. 14 LRM) como en su ejecución (art. 25 LRM) por nuestras autoridades. Entendemos que bastaría, en consecuencia, que esta especialidad se contemplara no solo frente al decomiso sino también frente a la OEI incluyendo a ésta en el tenor literal de los artículos citados.

2.3.5 Protección de datos personales en la D/OEI

El Supervisor Europeo de Protección de Datos emitió un dictamen sobre la propuesta de directiva de OEI el 5 de octubre de 2010 en el que recomendaba que se incluyera una

⁶⁵⁷ Documento 17854/10 de 22 de diciembre 2010.

⁶⁵⁸ Documento 6814/11 de 4 de marzo de 2011.

mención específica relativa a que las pruebas obtenidas mediante una OEI no podrán ser utilizadas para fines distintos de los de la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de delitos, o la aplicación de sanciones penales y el ejercicio del derecho de defensa⁶⁵⁹. Si no en sus exactos términos, algunas de las recomendaciones del Supervisor sí trascendieron al texto de la directiva.

En este sentido, a la protección de datos personales dedica la D/OEI su artículo 20 y cuatro considerandos, el 40, 41, 42 y 46 que recuerdan que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental y que de conformidad con el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del TFUE, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

El enfoque de la protección de datos en la D/OEI es diferente a como lo había abordado la DM/EEP. En el exhorto se regula la utilización que hagan las autoridades del Estado de emisión de datos personales *obtenidos en el Estado de ejecución*. Se refería, en consecuencia, a los datos transmitidos desde otro Estado miembro que, consecuentemente, no habían sido obtenidos en su territorio.

En la D/OEI se conmina a los Estados miembros a proteger los datos personales con ocasión de la OEI y a que su tratamiento sea conforme con la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo y a los principios del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su Protocolo adicional. Pero además de esta referencia genérica, se explicita la exigencia de que el acceso a los datos personales esté limitado a las personas autorizadas, sin perjuicio de los derechos del interesado. Por tanto, los datos *que el propio Estado de ejecución tenga por haber sido obtenidos en su territorio con ocasión de la ejecución de una OEI* emitida por otro Estado miembro se verán afectados por esta disposición.

En lo que concierne al uso que se haga de los datos transmitidos por otro Estado miembro en ejecución de la OEI, el artículo 19.3 D/OEI se limita a señalar que la autoridad de emisión, con arreglo a su propio derecho interno y a menos que la autoridad de ejecución haya indicado otra cosa, no desvelarán cualquier prueba o información facilitadas por la autoridad de ejecución, excepto en la medida en que su revelación sea necesaria para las investigaciones o procedimientos descritos en la OEI. De modo que, por esta vía de la confidencialidad, limita el uso de los datos personales obtenidos haciendo descansar el peso de esta limitación en la propia legislación del Estado de emisión.

⁶⁵⁹ DOUE C 355 de 29 de diciembre 2010.

CAPÍTULO VIII

LA EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

1. EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA-1.1 *Tipos de procedimientos en los que cabe emitir el exhorto*-1.2 *Autoridades de emisión del EEP*-1.3 *Condiciones para la emisión del EEP*-1.4 *Iniciativa y procedimiento de emisión del EEP*-1.5 *Documentación del exhorto*-1.6 *Transmisión del exhorto*-1.7 *Utilización de las pruebas obtenidas a través del EEP* -2. EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN-2.1 *Tipos de procedimientos en los que cabe la emisión de la OEI*-2.2 *Autoridades de emisión de la OEI*-2.3 *Condiciones para la emisión de la OEI*-2.4 *Revisión de las condiciones de emisión de la OEI por la autoridad de ejecución*-2.5 *Procedimiento para la emisión de la OEI*-2.6 *Documentación de la OEI*-2.7 *Transmisión de la OEI*-2.8 *Principio de especialidad en la utilización de las pruebas obtenidas a través de la OEI* -3. RÉGIMEN DE RECURSOS FRENTE A LA EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO VIII

LA EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

1. EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA

1.1 Tipos de procedimientos en los que cabe emitir el exhorto

Aunque sin duda podría abordarse esta materia dentro del ámbito del EEP, por claridad expositiva trataremos de manera diferenciada la pregunta relativa a dónde se emite el exhorto, esto es, los tipos de procedimientos en los que cabe acudir a este instrumento de reconocimiento mutuo. En el artículo 5 de la DM EEP (art. 186.1 y art. 186.2 LRM) la delimitación de los procesos se realiza conforme a los siguientes criterios:

- Procedimientos penales por hechos delictivos, bien entablados o que vayan a entablarse en el futuro;
- Procedimientos respecto de infracciones de disposiciones legales cuando la decisión pueda dar lugar a ulteriores procedimientos ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular en materia penal siempre que ya estén incoados, bien por autoridades judiciales o bien por autoridades administrativas.

Asimismo, el inciso último del artículo 5 DM/EEP permite emitir el exhorto cuando estos procedimientos se dirijan frente a una persona jurídica que pueda ser considerada responsable o ser castigada en el Estado de emisión. Esta previsión no ha sido trasladada a la legislación española de implementación y ciertamente era innecesaria, pues en cualquier caso no contiene salvedad o especialidad alguna en relación con las personas jurídicas.

En cuanto a los antecedentes normativos, la propuesta de la Comisión limitaba la expedición del exhorto a procedimientos penales y a procedimientos entablados por autoridades administrativas cuando la decisión de éste pueda dar lugar a un procedimiento jurisdiccional, concretamente en materia penal, con independencia en ambos casos de que el infractor sea una persona jurídica o física. No recogía, por tanto, el supuesto de que se tratara de una infracción de disposición legal incoada por autoridad judicial, no administrativa.

Fue la delegación polaca la que formuló una propuesta para modificar el artículo destinado a la definición de los procedimientos en los que se podía emitir el exhorto. Tras constatar que la redacción original de esta materia estaba basada en el CAAS/1990 y en el CUE/2000, sostiene que estas categorías no son directamente trasladables al ordenamiento jurídico polaco, donde hay hechos - castigados con multa, prohibiciones y arrestos hasta de tres meses - que no son delitos y aunque competentes para ellos son las autoridades penales, no son catalogables como procedimientos criminales. Por ello Polonia propuso la introducción de un apartado específico que dispusiera que sería posible emitir el exhorto en los procedimientos incoados por autoridades judiciales respecto a hechos tipificados en la legislación nacional del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales. Asimismo en relación con las personas jurídicas la propuesta polaca enfatizaba que Polonia no reconoce responsabilidad penal en las personas jurídicas. Sin embargo, tiene un régimen específico por el que una persona jurídica puede ser considerada responsable de delitos cometidos por personas físicas que están estrechamente relacionadas con las personas jurídicas de que se trate y bajo determinadas circunstancias. Los procedimientos a que dan lugar no son propiamente criminales

(pues su objetivo no es fijar una responsabilidad criminal) pero se desarrollan ante tribunales penales y de acuerdo con las normas de procedimiento penal. Así las cosas, la propuesta polaca pretendía hacer hincapié en estas peculiaridades para que también en estos casos quepa emitir un exhorto europeo de obtención de prueba. Como se desprende del artículo 5 DM/EEP, esta propuesta polaca prosperó y la redacción final del texto recoge estas posibilidades en lo que a procedimientos y personas responsables se refiere.

La literalidad del artículo 5 DM/EEP puede generar cierta confusión, pues, al mencionar los procedimientos incoados por autoridades administrativas respecto de infracciones de disposiciones legales cuando la decisión pueda dar lugar a ulteriores procedimientos ante una autoridad jurisdiccional, parece que está abarcando también los procedimientos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta interpretación se ve favorecida por el hecho de que mencione, a título de ejemplo y no en otros términos, la jurisdicción penal (el art. 5 DM/EEP dice concretamente “en particular” en materia penal y es precisamente ese inciso el que genera ambigüedad). Sólo analizando la DM/EEP en su conjunto, su base jurídica (las previsiones de los tratados en materia de cooperación penal) y sus considerandos (el 9 específicamente, que excluye la cooperación administrativa) se concluye que sólo si es recurrible ante la jurisdicción penal resulta posible emitir el EEP en este tipo de procedimientos por infracciones de disposiciones legales.

Consideramos que la LRM es más clara en este punto, pues al referirse dentro de las disposiciones generales del título X al tipo de procedimiento en el que puede haberse emitido el EEP por las autoridades de otros Estados miembros por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento expresamente exige que en estos casos el recurso debe ser presentado ante un órgano jurisdiccional penal (art. 186.2 LRM).

En relación con los tipos de procedimientos cuando las autoridades españolas son de emisión, no de ejecución, la aclaración se recoge en el preámbulo de la LRM (apartado XIV) en el sentido de explicitar que en ningún caso podrá emitirse el EEP en España en relación con infracciones administrativas dado que en nuestro país éstas son recurribles en vía contencioso-administrativa y no en vía penal, como exige la norma europea para que sea posible emitir el EEP.

1.2 Autoridades de emisión del exhorto europeo de prueba

La designación del tipo de autoridades que pueden emitir el EEP en los diferentes Estados miembros fue uno de los puntos más controvertidos durante la negociación del instrumento. De hecho, innecesariamente debatido en nuestra opinión: si la medida que finalmente debía adoptarse en el Estado de ejecución para obtener el objeto, documento o dato dependía de las autoridades de ejecución, que no venían vinculadas por la resolución dictada en el Estado de emisión -como expresamente señala el artículo 11.2 DM/EEP- parece que la cuestión de quien emita el instrumento no tiene una importancia tal que justifique las arduas negociaciones que de hecho existieron. Expuesto con más claridad: sin duda sería problemático que un fiscal de otro Estado miembro dictase una medida restrictiva de derechos fundamentales por tener competencia para ello de acuerdo con su legislación nacional y que, por mor del reconocimiento mutuo, nuestras autoridades judiciales se vieran obligadas a reconocer esta resolución y otorgarle una eficacia automática en España. Con más motivo en relación con diligencias acordadas policialmente. Pero no es éste el escenario dibujado con el EEP. La autoridad de emisión no dicta una resolución con medidas coercitivas que pueda hacer objeto de

reconocimiento en otro Estado miembro. Ni siquiera puede requerir a la autoridad de ejecución para que la coerción se lleve a cabo. No está sometida al reconocimiento la medida, sino que todo se centra por el contrario en un resultado: la incautación de un objeto, documento o dato. El cómo y, concretamente, si ese cómo incluye medidas coercitivas, dependerá únicamente de la autoridad de ejecución y de su legislación. De ahí que el tipo de autoridad de emisión y la necesidad de validación, que ahora analizamos, nos parece que tienen una importancia secundaria.

Es el artículo 2 c DM/EEP el que define qué debe entenderse por autoridad de emisión y lo hace con una caracterización alternativa:

1º) Aquellas autoridades que son propiamente “judiciales” a efectos de cooperación judicial internacional: juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal.

2º) Aquellas autoridades que vienen definidas como judiciales por el Estado de emisión, a las que se exige, además, que cumplan un doble requisito: deben actuar en calidad de autoridades de investigación en procesos penales y deben tener competencia para ordenar la obtención de pruebas en casos transfronterizos con arreglo a su legislación [art. 2 apartado c) de la DM/EEP].

Se trata, por ejemplo, de las autoridades policiales que en algunos Estados miembros tienen facultad para dirigir el proceso penal en fase de investigación, pudiendo incluso obtener esta prueba de otro Estado, como es el caso de Dinamarca.

En relación con este segundo tipo de autoridades de emisión, el artículo 11 DM/EEP regula un doble sistema de validación:

a) Validación específica, limitada a medidas coercitivas solicitadas en el caso concreto de que se trate: la autoridad de ejecución podrá resolver, en ese caso específico, que no se lleven a cabo medidas de registro o incautación para la ejecución del exhorto si éste no ha sido validado, previa consulta a la autoridad de emisión (art. 11.4 DM/EEP). Se trataría del supuesto, por tanto, en el que la autoridad de ejecución sí considera necesaria la medida coercitiva (recordemos que sólo a esta autoridad le corresponde decidir si acude a ellas, art. 11.2 DM/EEP) pero que, al comprobar que no ha sido emitido el EEP por juez, fiscal o tribunal, decide no acordar las medidas hasta que una autoridad judicial *stricto sensu* del Estado de emisión valide lo hecho por la autoridad que emitió el exhorto.

b) Requerimiento genérico de validación para todos los exhortos emitidos por autoridades de Estados cuya legislación permite emitir el EEP a quien no sea propiamente una autoridad judicial. Se trata de un requisito de validación general, al margen de las circunstancias del caso concreto. Por ello, esta materia se reserva a la declaración de los Estados miembros, de modo que corresponde a cada Estado comunicar si exigirá siempre la validación cuando la autoridad de emisión no sea un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal y en relación con aquellos supuestos en los que su legislación nacional exige que sea una autoridad de las mencionadas las que dicten o supervisen las medidas contenidas en el exhorto (art. 11.5 DM/EEP).

Consecuentemente con este sistema, será motivo de denegación del reconocimiento que en cualquiera de ambos supuestos el exhorto no haya sido validado [art. 13.1.e) DM/EEP].

Los debates sobre esta materia durante la negociación de la DM/EEP fueron arduos y, en nuestra opinión, eso es fruto de que la propuesta de la Comisión sobre el EEP otorgaba mayores facultades a las autoridades de emisión para lograr medidas restrictivas de derechos fundamentales en el Estado de ejecución.

La premisa de la que debe partirse es que el instrumento convencional que ha servido de base jurídica para la cooperación en Europa durante más de medio siglo, el CCE/1959, permitía que los Estados signatarios concretasen qué debía entenderse por autoridad judicial a los efectos de aplicación del convenio a dicho Estado⁶⁶⁰. De este modo, la designación de las autoridades emisoras y receptoras quedaba a voluntad de los Estados, siendo muy frecuente que se atribuyera la condición de autoridad judicial al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Interior, a los oficiales de policía o incluso a autoridades aduaneras con capacidad para investigar en la fase preliminar del procedimiento penal⁶⁶¹. España, como vimos, ha modificado recientemente la declaración relativa a la designación de autoridades judiciales, incluyendo como tales a los secretarios judiciales.

El CUE/2000 está basado en el CCE/1959, al que completa en determinados aspectos, de modo que en aquellos intensifica y facilita la cooperación entre los Estados que integran la Unión Europea. Consagra este convenio la transmisión directa de las solicitudes de cooperación judicial entre autoridades judiciales, especificando que deben tener competencia jurisdiccional para formularlas y ejecutarlas⁶⁶².

En los instrumentos de reconocimiento mutuo, por su propia esencia, los Estados son más cautelosos al definir en la normativa europea las autoridades que pueden emitirlos y ejecutarlos. Al no estar ya ante meras solicitudes de cooperación, sino ante resoluciones en materia penal cuyo reconocimiento se prevé semiautomático, con tasados motivos de denegación, resulta esencial que la autoridad judicial que deba otorgar ese reconocimiento considere que la resolución emitida como fundamento de ese instrumento de reconocimiento mutuo es, efectivamente, una resolución judicial.

Estas consideraciones iniciales sirven para entender por qué la propuesta del EEP de la Comisión incluía la definición de la autoridad de emisión como el juez, juez de instrucción o fiscal con competencia según la legislación nacional para emitir el exhorto⁶⁶³. El informe explicativo que acompaña a la propuesta, en clara referencia a las declaraciones sobre las autoridades judiciales hechas por los Estados al CCE/1959, detallaba que no era posible que otras autoridades expidieran un exhorto, cualesquiera que fueran sus competencias (singularmente aludía a autoridades policiales, aduaneras y administrativas). Por tanto, obligaba a estos otros tipos de autoridades a recabar la emisión del exhorto europeo de obtención de prueba de quien se consideraba genuinamente autoridad judicial: los jueces y fiscales. Pero recordemos que en la propuesta se permitía que, en determinadas condiciones, se instase a la autoridad de ejecución a la adopción de medidas coercitivas.

Durante la tramitación en el Consejo esta cuestión no fue pacífica. El Grupo de Trabajo, en un primer momento, contempló la modificación de la definición de autoridad de emisión aludiendo de manera genérica a que se tratase de una autoridad judicial con competencia, según su legislación nacional, para la emisión del exhorto. De este modo suprimía el listado recogido en la propuesta -sólo jueces o fiscales debían tener la consideración de autoridad judicial a estos efectos- y recogía una definición genérica que remitía a la normativa interna de cada Estado. En este

⁶⁶⁰ Artículo 24 CCE/1959.

⁶⁶¹ Ilustrativo de ello es, por ejemplo, la declaración de Finlandia.

⁶⁶² Artículo 6.1 CUE/2000.

⁶⁶³ Artículo 2.c) de la propuesta, documento COM (2003) 688 final.

sentido, alguna delegación se mostró claramente a favor de que también las autoridades administrativas pudieran emitir los EEP⁶⁶⁴.

La Presidencia sometió al comité del artículo 36 esta cuestión⁶⁶⁵ concluyendo éste que sólo debían emitir exhortos las autoridades judiciales, aunque ello no excluyera que la prueba obtenida fuese utilizada en determinados procesos administrativos. El comité observa, sin embargo, que subsiste la disyuntiva de si debe recogerse únicamente la expresión autoridad judicial o, por el contrario, debe detallarse qué debe entenderse por tal, como hiciera la propuesta de la Comisión, puesto que algunos países consideran autoridad judicial a las autoridades policiales⁶⁶⁶.

Muchas delegaciones creían que incluir a las autoridades policiales generaría desconfianza, supondría la disfunción de que un juez o un fiscal de un Estado miembro tuvieran que “acatar órdenes” de policías de otros Estados y, finalmente, consideraban que era incoherente con otros instrumentos de reconocimiento mutuo, donde claramente sólo un juez o fiscal podían ser autoridades de emisión. Por el contrario, los defensores del concepto amplio de autoridad judicial consideraban que limitarlo sería incoherente con las declaraciones hechas por los Estados miembros al CCE/1959 y que el principio de reconocimiento mutuo implica que los Estados miembros deben aceptar las diferencias entre los distintos sistemas legales, diferencias que incluyen distintos poderes de sus autoridades nacionales. Se consideraba que ningún Estado miembro debería ser forzado a cambiar su sistema de organización institucional nacional para poder participar en la cooperación a través del exhorto europeo. Por otra parte, de no producir estos cambios se daría la paradoja imposible de que unas mismas autoridades tuviesen unas funciones a nivel nacional y otras distintas a nivel internacional⁶⁶⁷. Estos últimos argumentos eran rebatidos por los detractores de esta postura alegando que la asistencia legal mutua es un régimen diferente al del reconocimiento mutuo, dado que éste descansa en unas garantías adicionales en el Estado de emisión. Particularmente, la seguridad de que la orden ha sido emitida por un juez o un fiscal compensa el hecho de que la autoridad de ejecución no podrá valorar los motivos de emisión del exhorto⁶⁶⁸.

Para resolver estos problemas se invitó a las delegaciones nacionales a que concretasen qué otras autoridades, diferentes a jueces y fiscales, podrían tener competencias para la emisión de conformidad con su legislación nacional⁶⁶⁹. Se discutió la posibilidad de añadir a las autoridades policiales en cuanto actúen como autoridades de investigación en la fase preliminar del procedimiento penal y siempre y cuando están autorizados a adoptar la medida solicitada en el exhorto europeo de conformidad con su legislación nacional. La Presidencia proponía, en línea con esto último, que el certificado indicase expresamente que la autoridad emisora podía adoptar la medida requerida en el exhorto en un caso similar nacional⁶⁷⁰.

Finalmente, la Presidencia británica del momento sugiere una solución de compromiso: el exhorto europeo podría ser emitido por autoridades policiales, aduaneras o de fronteras, pero la autoridad de ejecución podría denegar la ejecución del exhorto por medios coercitivos a menos que venga validado por un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal⁶⁷¹. Esta propuesta se hace sobre la aceptación de las siguientes premisas:

- Cada Estado miembro tiene un concepto diferente de qué es y quién es autoridad judicial, no debiéndose armonizar ese concepto.

⁶⁶⁴ Concretamente Austria, documento 12075/2004 de 10 de septiembre.

⁶⁶⁵ Documento 12872/04 de 30 de septiembre.

⁶⁶⁶ Documento 14121/04 de 4 de noviembre.

⁶⁶⁷ Argumentos de las alegaciones hechas por las delegaciones de Estonia, Finlandia, Alemania, Lituania y Suecia y dirigidas al comité del artículo 36, Documento 13484/05 de 19 de octubre.

⁶⁶⁸ Documento 11213/05 de 7 de septiembre.

⁶⁶⁹ Documento 14835/04 de 18 de noviembre.

⁶⁷⁰ Documento 8416/05 de 29 de abril.

⁶⁷¹ Documento 11288/05 de 19 de julio.

- La autoridad de ejecución debe poder tener certeza sobre la validez de la orden sin necesidad de ulteriores formalidades.

- El exhorto europeo de prueba puede emitirse tanto para medidas coercitivas como no coercitivas, residiendo en la autoridad de ejecución la decisión última de utilizar medidas coercitivas en su territorio.

- Finalmente, el exhorto puede emitirse en distintas fases de la investigación y acusación criminal, por lo que diferentes autoridades pueden ser competentes para actuar en estas etapas en los distintos Estados miembros⁶⁷².

Aceptando dichas premisas se logró cierto consenso en la utilización de una definición funcional de autoridad judicial de emisión (de modo que incluyera detalles de las competencias nacionales de las autoridades emisoras) y en la necesidad de validación de la orden por parte de ciertas autoridades.

No hubo acuerdo, sin embargo, sobre si la validación debería recabarse en todo caso o sólo cuando el exhorto implicase medidas coercitivas⁶⁷³.

Se planteó también la posibilidad de que los Estados miembros, a través de declaraciones en relación con este instrumento, notificasen con carácter general que optaban por requerir validación en todos los casos, incluso cuando no se refiera a medidas coercitivas⁶⁷⁴.

Para lograr un consenso final sobre estas cuestiones, la Presidencia propuso:

a) Que la definición de la autoridad emisora contenga las dos posturas debatidas, esto es, tanto una lista específica de autoridades en las que hay consenso como una descripción genérica de otras autoridades judiciales según defina cada Estado miembro. Todas las delegaciones se mostraban partidarias de esta solución con la matización de que Alemania insistía en que el Ministerio de Justicia constase expresamente como autoridad de emisión, cuestión esta última que no fue acogida ni en el articulado de la decisión marco ni en los considerandos, aunque esta última opción fue debatida.

b) El proceso de validación abarcaría tanto la posibilidad de validar caso por caso como, de manera más general, el derecho a requerir una validación en todos los casos en que, conforme a la legislación nacional del Estado de ejecución, las medidas requieran la decisión de un juez, tribunal o fiscal. Esta solución permitiría dar cabida al juego del principio de reciprocidad y supone una solución integradora tanto de las delegaciones que eran partidarias de pedir validación en todos los casos como de aquellas que sólo contemplaban esta validación para el caso de adoptar medidas coercitivas⁶⁷⁵.

En la reunión del Consejo de 21 de febrero de 2006⁶⁷⁶ se logró consensuar ambos extremos en el sentido propuesto. Al respecto, la Resolución Legislativa del Parlamento europeo, de 21 de octubre de 2008, introdujo una serie de enmiendas, entendiendo que:

- Las autoridades de emisión sólo deberían ser un juez, juez de instrucción o fiscal con competencia conforme al derecho interno para emitir un EEP.

⁶⁷² Documento 11213/05 de 7 de septiembre.

⁶⁷³ Documento 12551/05 de 22 de septiembre.

⁶⁷⁴ Documento 13314/05 de 14 de octubre.

⁶⁷⁵ Documento 14246/05 de 11 de noviembre.

⁶⁷⁶ Documento 7355/06 de 14 de marzo.

- Coherentemente con ello, no cabía validación alguna, ni notificaciones o declaraciones singulares de los Estados miembros sobre autoridades de emisión o exigencias de validación⁶⁷⁷.

Sin embargo, tal y como se desprende del tenor literal de la DM/EEP promulgada, esta resolución legislativa del Parlamento europeo no fue finalmente recogida.

La actual regulación, que condiciona el uso de cualquier coerción a la autorización de la autoridad de ejecución, nos lleva - como anticipábamos al principio de este epígrafe - a restarle importancia a la definición o designación de autoridades de emisión del EEP. Traslademos esta conclusión a la valoración que nos merece la legislación española de implementación.

Inicialmente podría pensarse que la autoridad de emisión del EEP en España bien pudiera ser la autoridad policial que actuara en condición de autoridad de investigación en las actividades previas al proceso penal propiamente dicho. Decimos esto porque de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico la policía tiene las facultades necesarias para cubrir el limitado ámbito del exhorto. Esto es, como es sabido la policía puede incautar todo objeto, documento o dato que constituya cuerpo de delito si su obtención no implica restringir derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 281 párrafo segundo y el artículo 770. 3º) de la LECrim establecen que la Policía Judicial recogerá todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial⁶⁷⁸. En el mismo sentido se expresa el artículo 286 de mismo cuerpo legal. Podría pensarse, por tanto, que si tiene estas competencias en nuestro país, bien pudiera optarse por que las tuviera también cuando fuese necesario incautar esta fuente de prueba en otro Estado de la Unión, siempre bajo la premisa de que en modo alguno podría hacerlo exigiendo medidas coercitivas a la autoridad de ejecución porque de hecho la exigencia de medidas coercitivas no tiene cabida en el EEP.

Sin embargo, del modo en que ha quedado definida la autoridad de emisión en el artículo 2.c) ii) DM/EEP resulta exigible que tenga competencia conforme a nuestra legislación para ordenar la obtención de pruebas en casos *transfronterizos* y esta es la competencia que la ley española no prevé para las autoridades policiales, por lo que en nuestro país necesariamente serán emisores únicamente los jueces y fiscales, como acertadamente recoge el artículo 188.1 LRM. Recordemos que este precepto señala que en España son autoridades de emisión de un EEP los jueces o tribunales que conozcan del proceso en el que resulte necesario obtener el documento, objeto o dato, así como los fiscales que dirijan las diligencias de investigación en las que se deba adoptar el exhorto. De este modo, no será nunca exigible al Estado español que el exhorto sea validado, pues la elección de autoridades de emisión en nuestro país se ha circunscrito a aquellas que son estrictamente autoridades judiciales y aceptadas como tales por todos los Estados miembros: jueces, tribunales y fiscales.

Este ha sido también la opción mayoritariamente elegida por los Estados que han implementado la DM/EEP. Países Bajos ha declarado que serán autoridades de emisión los jueces y los fiscales. También que requerirá validación cuando la autoridad de emisión no ostente esta categoría y sea necesario adoptar medidas que en este país deberían ser acordadas por jueces o por fiscales. Croacia se refiere genéricamente a las autoridades judiciales como autoridades de emisión y exige validación si resulta necesario llevar a cabo un registro y la autoridad emisora no es

⁶⁷⁷ DOUE C 15 E/99 de 21 de enero de 2010, enmienda 6ª, 13ª, 14ª y 20ª.

⁶⁷⁸ Redacción dada por la Ley 38/2002 de 24 octubre 2002.

juez o fiscal. Como excepción, Eslovenia constituye en autoridades de emisión a los tribunales, a los fiscales pero también a la policía. Otros Estados, como Dinamarca, no han hecho específica mención en su declaración a quién ostentará la condición de autoridades de emisión (en este último caso es probable que sean autoridades policiales dado el papel que éstos tienen atribuido en su sistema procesal penal).

La doctrina ha prestado atención a la autoridad emisora del exhorto, reflejando reticencias a que se configure como tal no ya sólo a las autoridades policiales sino incluso al Ministerio Fiscal. En este sentido JIMÉNEZ LÓPEZ ve muy polémico que un fiscal, aun teniendo atribuida la competencia para la instrucción penal, pueda hacer uso de un exhorto cuyo cumplimiento podría incluso dar lugar a la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales⁶⁷⁹.

Compartimos sólo parcialmente esta objeción. Como venimos repitiendo, de conformidad con la DM/EEP la elección de la medida coercitiva será una decisión de la autoridad de ejecución, que al considerarla necesaria e imprescindible para lograr la finalidad del exhorto acudiría a la restricción de derechos fundamentales dentro de la libre elección de medios para ejecutar el exhorto que sólo a esta autoridad le corresponde. La medida coercitiva, por tanto, no viene acordada por la autoridad de emisión. Ahora bien, enlazando con las reticencias doctrinales a que antes hemos hecho referencia, las cuestiones que sí consideramos problemáticas son: a) que la autoridad de ejecución no sea advertida en el caso concreto de que la autoridad española no ha autorizado para la ejecución del mismo medida coercitiva alguna; b) que emita el EEP la fiscalía cuando sea previsible que para su ejecución la autoridad del otro Estado miembro se verá obligada a adoptar medidas coercitivas. Es decir, en el supuesto de que la autoridad emisora en España sea un fiscal consideramos imprescindible que se advierta a la autoridad de ejecución de que conforme al ordenamiento jurídico español la adopción de medidas coercitivas requiere autorización judicial y al haber emitido el EEP un fiscal, esta autorización judicial no habrá sido recabada en España. Estas dos limitaciones (previsibilidad del medio coercitivo para la obtención del objeto y advertencia de no autorización de medida coercitiva en España) hubiera sido deseable que se hubieran trasladado a la LRM para garantizar que el EEP es emitido por la fiscalía dentro de la extensión de competencias que tiene.

1.3 Condiciones para la emisión del exhorto europeo de prueba

El exhorto sólo podrá emitirse cuando la autoridad de emisión considere que se cumplen una serie de condiciones en los objetos, documentos o datos que se pretende obtener. Estas condiciones, a las que se dedica el artículo 7 DM/EEP, son tres: que los objetos, documentos o datos sean necesarios, proporcionados al objeto de los procedimientos en los que tiene lugar la emisión y que puedan obtenerse conforme a la ley del Estado de emisión en un caso comparable si se encontrasen en su territorio, incluso aunque hubiera que utilizar para ello medidas procesales diferentes.

En cuanto a la necesidad, la Comisión en su propuesta vinculaba esta condición de emisión a la intimidad. Se trataba de evitar intrusiones innecesarias en la intimidad⁶⁸⁰, lo que tenía especialmente sentido en tanto en la propuesta se podía compeler a la

⁶⁷⁹ Cfr. JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., “La obtención de pruebas en la Unión Europea: del exhorto europeo de obtención de pruebas al exhorto europeo de investigación” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana (ROBLES dir.coord)*, Cizur Menor, 2013, pág. 154.

⁶⁸⁰ Documento COM (2003) 688 final.

utilización de medidas coercitivas y en consecuencia, el filtro de la necesidad era determinante para evitar restringir innecesariamente los derechos fundamentales de los ciudadanos. En cualquier caso, que el objeto, documento o dato sea necesario para el proceso en el que se emite el EEP parece de todo punto lógico.

Más dificultades plantea la proporcionalidad. La inclusión de este concepto jurídico indeterminado parece conducirnos al medio probatorio, a la diligencia o actividad que debe practicarse para llevar a cabo la aprehensión. No sería, en principio, una cualidad del objeto, documento o dato en sí, a diferencia de lo que hemos sostenido en relación con la condición de necesidad.

Ilustrémoslo con un ejemplo: en un delito de hurto de un cuadro podremos ponderar si realizar una entrada y registro domiciliaria para aprehender este objeto del delito es proporcionada o no; ello puede depender de la gravedad del delito, pues sin duda no es lo mismo el hurto de un cuadro corriente que el contrabando de una obra pictórica que integre el patrimonio histórico nacional. Pero, en cualquier caso, la aprehensión, conservación y transferencia del cuadro hurtado siempre será necesaria, pues se trata del objeto del delito.

La última de las condiciones de emisión recogidas en la DM/EEP consiste en que la obtención del documento, objeto o dato sea posible conforme a la ley del Estado de emisión en un caso comparable si estuvieran disponibles en su territorio, aunque hubiera que utilizar para ello medidas procesales diferentes. Entendemos que esta condición de legalidad sí supone un filtro decisivo en la emisión y con una muy importante repercusión en cuanto al favorecimiento de la ulterior admisibilidad del documento, objeto o dato como fuente probatoria. Se pretende evitar con esta condición que el EEP se utilice para obtener un documento, objeto o dato que no podría obtenerse en el Estado de emisión. En definitiva, se pretende evitar que se soslayen las garantías de la legislación de la autoridad emisora. Creemos que esta condición debe interpretarse en un doble sentido:

- 1º) El objeto, documento o dato debe poder obtenerse en ese caso concreto: por ejemplo, la titularidad de un teléfono sólo puede obtenerse para un delito grave.
- 2º) La autoridad que emite el EEP debe poder obtenerlo conforme a su legislación nacional: no puede emitir el exhorto en este caso un fiscal porque en España esta obtención requiere autorización judicial.

La propuesta de la Comisión añadía a éstas la condición de que los objetos, documentos y datos sean admisibles en los procedimientos para los que se recaben. Esta previsión fue suprimida, a nuestro juicio acertadamente, pues está comprendida en la anterior, la que hemos denominado de legalidad. Cuando aquella se refería a que el objeto, documento o dato se pudiera obtener en el Estado de emisión conforme a su legislación y en circunstancias similares si estuvieran disponibles en su territorio incluía tanto la disponibilidad del medio para obtenerlo como la admisibilidad del objeto propiamente dicho. Si el objeto es inadmisibile en el Estado de emisión [como en España lo eran, por ejemplo, las grabaciones ambientales realizadas con un micrófono (cfr. STC nº 145/2014 de 22 de septiembre 2014) hasta su regulación en el artículo 588 quater a) y siguientes de la LECrim] tampoco se cumpliría la condición de que el mismo se pudiera obtener conforme a la legislación del Estado de emisión en circunstancias similares. Por esto consideramos que la actual regulación de la DM/EEP cubre suficientemente ambos supuestos.

DÍAZ PITA repara en que las condiciones para emitir el EEP están previstas para aquellos casos en los que el exhorto se emite *ex novo*, preguntándose si son asimismo observables cuando sea consecutivo al reconocimiento de un EPYAP. Responde

afirmativamente, aunque con modulaciones derivadas de la aplicación sistemática de ambas decisiones marco (DM/EEP-DM/EPYAP), que en la práctica supondrán adelantar el análisis de la concurrencia de estas condiciones al momento de emisión del EPYAP⁶⁸¹.

El artículo 189.1 LRM recoge las condiciones expuestas del artículo 7 DM/EEP y añade dos más:

- a) Que los objetos, documentos o datos están suficientemente identificados.
- b) Que conste indiciariamente que los objetos, documentos o datos se encuentran en otro Estado miembro o, tratándose de datos electrónicos, que son directamente accesibles desde el mismo de conformidad con su legislación.

La condición relativa a que los objetos, documentos o datos estén suficientemente identificados enlaza con el ámbito del EEP y con la exigencia del artículo 4.1 DM/EEP de especificarlos en el exhorto.

La condición relativa a que conste indiciariamente que el objeto, documento o dato está en otro Estado miembro o que es accesible desde él está implícita en el artículo 8.1 DM/EEP, que sólo permite transmitir el EEP al Estado de ejecución respecto del que la autoridad de emisión tenga motivos razonables para suponer que se hallan los objetos, documentos o datos. El legislador español, por tanto, ha querido advertir a la autoridad nacional de emisión que no puede pretender la incautación del objeto, documento o dato en cualquiera lugar de la UE donde se encuentre. La facultad de transmisión indiscriminada, que sí está disponible para otros instrumentos de reconocimiento mutuo como la OEDE, no lo está para el EEP, donde sólo puede transmitirse a un concreto Estado, aquel donde el objeto, documento o dato se encuentre.

Del estudio de las condiciones para emitir el EEP es especialmente importante el último inciso del artículo 7 DM/EEP cuando señala que las condiciones para la emisión se evaluarán únicamente en el Estado de emisión en cada caso⁶⁸². Este artículo, que no ha sido traspuesto en sus propios términos en la LRM, enlaza con el régimen de recursos previsto en el artículo 18.2 DM/EEP (que sí tiene su correlato en el artículo 24.3 LRM) cuando especifica que los motivos de fondo por los que se haya expedido el exhorto, incluidas las condiciones ahora enumeradas, sólo podrán impugnarse mediante un recurso interpuesto ante una autoridad jurisdiccional del Estado de emisión. Será por tanto en sede de recursos cuando se analizará detenidamente esta cuestión, sobre la que baste apuntar que nos parece lógica: la autoridad de emisión, que es la que conoce del procedimiento en el que se emite el EEP, es la que está en condiciones de valorar y revisar si se dan las condiciones de necesidad, proporcionalidad y legalidad exigidas para acudir a este instrumento de reconocimiento mutuo. Permitir la revisión de estas

⁶⁸¹ Cfr. DÍAZ PITA, M^a P., “La lucha contra los delitos transfronterizos y no transfronterizos en la Unión Europea: los instrumentos de investigación transfronteriza y el principio de reconocimiento mutuo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013.

⁶⁸² RODRÍGUEZ BAHAMONDE destaca como no se han tenido en cuenta las críticas y recomendaciones incluidas en distintos informes que señalaban la conveniencia de reflejar por escrito los motivos por los cuales el Estado de emisión consideraba cumplidos los requisitos de proporcionalidad y necesidad, cfr. RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., “El exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (comentario sobre la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008)” en *Revista General de Derecho Europeo* 19, 2009, pág.6.

cuestiones a la autoridad de ejecución desvirtuaría el juego del funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo en el que se basan estos instrumentos.

Íntimamente ligado a las condiciones para emitir el EEP está el tipo de delito o de infracción legal que motiva la incautación del objeto, documento o dato. A esto no le dedica apenas atención la DM/EEP o la LRM pero sí lo hace el propio certificado obligatorio en el que el EEP se documenta. Concretamente, bajo el epígrafe I) del certificado se recoge la necesidad de una doble especificación:

-la del resumen de los hechos y descripción de las circunstancias en que se han cometido los delitos que motivan el exhorto, entre ellos el momento y el lugar según los conozca la autoridad de emisión.

-la naturaleza y calificación jurídica del delito que motiva el exhorto y norma legal aplicable.

En lo que concierne a la naturaleza y calificación jurídica del delito, el certificado detalla a continuación un listado de 32 categorías delictivas que vienen acompañadas con una casilla, de modo que debe marcarse ésta si el delito que motiva la emisión del exhorto se encuadra en estas categorías y además viene castigado según la legislación del Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos tres años. En caso de que no se trate de ninguna de estas figuras delictivas, el certificado contiene un apartado para que se describan de manera completa las infracciones por las que se expide el exhorto.

Corresponde pues a la autoridad de emisión el calificar jurídicamente los hechos que motivan la expedición del exhorto. Esta carga impuesta a la autoridad de emisión tiene una importancia decisiva, pues conllevará que la autoridad de ejecución pueda recurrir o no a determinadas causas de denegación del reconocimiento o de la ejecución del exhorto. Precisamente por este carácter trascendental echamos de menos en la DM/EEP que se recoja expresa y explícitamente la obligación de especificar los hechos y la calificación jurídica (pues hoy día podemos concluir que esta obligación se sobreentiende por el hecho de que exista al respecto un apartado en el certificado -que recordemos es obligatorio-, pero en modo alguno es una obligación recogida con carácter taxativo en el texto normativo⁶⁸³).

Esta omisión la subsana el legislador español, al establecer el artículo 10 LRM, en sede de normas generales de emisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo, que la autoridad judicial deberá especificar si el delito objeto de la resolución judicial se incardina en alguna de las categorías que eximen del control de doble tipificación de la conducta en el Estado de ejecución de acuerdo con el artículo 20 LRM y si la pena prevista para el delito es, en abstracto, de al menos tres años de privación de libertad.

Lo que no hace la ley española de implementación de la DM/EEP, como tampoco hiciera ninguno de los otros textos legales que habían transpuesto en España los instrumentos de reconocimiento mutuo, es especificar qué debemos entender por cada

⁶⁸³ Es más, del certificado podría deducirse lo contrario, y ello porque al detallar las categorías delictivas se añade una llamada al pie de página en relación con algunos delitos, especificando que si el exhorto está dirigido a Alemania la autoridad de emisión *puede* además completar la casilla número 1 (la relativa a los hechos, su momento y lugar) para confirmar que los delitos entran en el ámbito de los criterios indicados por Alemania para este tipo de delitos. Así, *sensu contrario* podría concluirse que ni ello es imperativo en este caso ni menos aún en relación con los demás delitos o con otros Estados de ejecución.

uno de estos conceptos o categorías delictivas que eximen del control de doble tipificación de la conducta. El legislador español podría haber detallado qué tipos penales concretos se encuadran en el listado, de modo que no quede al criterio individual de la concreta autoridad judicial de emisión esta inclusión. Y su encuadre o no en una u otra categoría no es cuestión baladí, pues aunque ciertamente algunas equivalencias son claras, otras no lo son tanto⁶⁸⁴.

1.4 Iniciativa y procedimiento para la emisión del exhorto europeo de obtención de prueba

La DM/EEP no regula el procedimiento que deben seguir las autoridades para emitir el exhorto. Podría pensarse que es lógico que así sea, porque es algo que debe quedar a las legislaciones nacionales de trasposición, pero lo cierto es que algún aspecto puntual sí consideramos que debería haber sido abordado a nivel europeo. Nos referimos, concretamente, a si es posible la emisión a instancia de parte, lo que enlaza con el tema del papel de la defensa en el EEP.

En la DM/EEP la defensa no tiene intervención alguna, ni en el proceso de emisión del exhorto ni en ningún otro trámite posterior. Ninguna referencia encontramos a la defensa en la propuesta de la Comisión ni en el texto aprobado finalmente. Nada se debatió en el Consejo o en los respectivos comités sobre este particular durante las largas negociaciones de este instrumento. Este aspecto, sin embargo, no pasó desapercibido al Parlamento europeo, que propuso la inclusión en el artículo 4 de un epígrafe denominado 1bis donde debía recogerse que el exhorto era un instrumento del que pueden disponer tanto la defensa como la acusación, pudiendo ambas solicitar a la autoridad judicial competente que lo emitiera⁶⁸⁵. Lamentablemente, la propuesta parlamentaria fue ignorada, cuando en nuestra opinión hubiera sido fundamental esta inclusión.

El legislador español lo ha remediado y sí ha previsto expresamente la posibilidad de que sean las partes las que insten la emisión del EEP, lo que nos parece una mejora importante del instrumento. El artículo 191 LRM se dedica íntegramente al procedimiento que deberán seguir las autoridades judiciales españolas de emisión, si bien bajo el erróneo título de “procedimiento para la *transmisión* del exhorto europeo de obtención de pruebas” cuando lo que regula es un momento anterior a la transmisión, la fase de emisión. El precepto, tras indicar que cabe acordarlo de oficio o a instancia de parte, añade un requisito adicional en este último caso: que la parte justifique documentalmente o mediante otro tipo de indicio la existencia del objeto, documento o dato y que se encuentra en el territorio del Estado de ejecución. Creemos que esta previsión puede estar justificada, evitando “expediciones probatorias” mediante la remisión indiscriminada de exhortos a los diferentes Estados miembros; en este sentido nos merece una favorable acogida.

Un indicio o una acreditación documental de la existencia de la fuente probatoria que quiere recabarse en otro Estado miembro sería, por ejemplo, el hecho de que se

⁶⁸⁴ Cfr. DIEZ RIAZA/GISBERT POMATA/CARRETERO GONZÁLEZ, *La orden europea de detención y entrega. Estudio de la Ley 3/2003 de 14 de marzo*, cit., pág. 116-120.

⁶⁸⁵ No es ésta la única referencia que hace el Parlamento a la defensa, pues proponía también introducir un artículo 17 bis donde se especificase que la utilización de las pruebas obtenidas a través del exhorto no podría en ningún caso atentar contra los derechos de la defensa, debiendo respetarse en particular las reglas de admisibilidad de pruebas, la obligación de entregarlas a la defensa y el derecho de ésta a impugnarlas.

aporten fotografías que evidencien que el objeto está en el Estado de ejecución, o que se aporte una factura de la estancia en un hotel si lo que se quiere es recabar el registro hotelero en un determinado periodo para acreditar que la persona relacionada con el proceso penal se encontraba hospedada en ese establecimiento al tiempo de la comisión del delito en España. No es, por tanto, algo imposible de justificar y sin duda quedará a la libre discrecionalidad de la autoridad judicial española de emisión entender o no cumplido este requisito en cada caso concreto.

Además, este mismo precepto en su epígrafe segundo contiene una previsión de indudable eficacia práctica: la posibilidad de que con carácter previo a la emisión se recabe, de la autoridad competente del Estado de ejecución o de los organismos que puedan facilitarla, información suficiente sobre si el objeto, documento o dato se encuentra en dicho Estado. Aquí creemos que el legislador español está contemplando diversas opciones que permitan preparar debidamente la emisión y posterior transmisión del EEP. Nos referimos por ejemplo a la posibilidad de utilizar la llamada “iniciativa sueca”, a la que hicimos referencia en el capítulo IV, implementada en nuestra Ley 31/10 de 27 de julio sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia en la UE (por ejemplo, para conocer la referencia de un procedimiento judicial o atestado policial de otro Estado miembro cuyo contenido puede ser relevante aportar al proceso español). También permite esta previsión legal utilizar los mecanismos de cooperación policial para corroborar la existencia del objeto, documento o dato en un lugar concreto (por ejemplo, para obtener certeza de que un vehículo se encuentra en un determinado lugar), de modo que el EEP se emitiría a fin de poder utilizar ese dato en el proceso judicial como auténtico elemento probatorio o, si se tratase de un objeto o documento, con la finalidad de incautarlo y traerlo al proceso físicamente.

No exige el procedimiento de emisión del EEP previsto en el artículo 191 LRM que se confiera traslado previo al fiscal sobre si entiende oportuna o no su emisión. Entendemos que hubiera sido deseable este traslado previo. Pero nos parece especialmente importante – si la causa no está secreta, en relación con todas las partes personadas en el procedimiento - cuando la autoridad judicial española emisora vaya a hacer uso de la previsión contenida en el artículo 191.3 LRM de indicar las formalidades o procedimientos específicos que considere esenciales para garantizar la validez como fuente de prueba del objeto, documento o dato. Las aportaciones sobre estas formalidades y procedimientos que deben respetarse por parte de quien luego utilizará la prueba en el plenario, sea la acusación o la defensa, nos parecen cuestiones cruciales que la autoridad judicial española debería poder tener en cuenta en la valoración que hará como autoridad emisora de si las solicita o no a la autoridad de ejecución. Recuerda el inciso final del artículo 191.3 LRM que sólo cabrá reseñar como formalidades o procedimientos específicos aquellos cuya vulneración afecte a las garantías esenciales del procedimiento por afectar a derechos fundamentales. Por tanto, no se trata sólo de que las partes puedan alegar que se respete una concreta formalidad, sino que además justifiquen que su vulneración tendría esta consecuencia de afectar derechos fundamentales. No obstante, el hecho de que el traslado previo no esté previsto expresamente en la LRM no es obstáculo para que se confiera *de oficio*, en aras a garantizar un debido ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de la defensa y de la acusación. Algunas concretas formalidades o procedimientos específicos resultarán esenciales para garantizar la validez de la prueba, de modo que entendemos que resulta consustancial al derecho a proponer y practicar prueba que, en el caso del EEP, pueda sostenerse por la parte la necesidad de respetar estos requisitos que incidirán en su validez. En el caso del EEP, como veremos en el último de los capítulos, consideramos que harán referencia básicamente a la necesidad de documentar la cadena de custodia.

El artículo 191 LRM no precisa qué tipo de resolución deberá dictarse cuando la autoridad judicial española decida emitir el EEP. Entendemos que será un decreto si lo hace el fiscal en las diligencias de investigación que instruye y será un auto si la decisión la adopta el juez (en este caso cabrá recurso, conforme al artículo 13.1 LRM y no cabrá si lo emite el fiscal, art. 13.4 LRM). Lo que parece imprescindible es que esta resolución exista, sin que sea suficiente que se cumplimente el certificado, cuestión ésta que a nuestro juicio no queda suficientemente clara del tenor literal de este precepto. A título ilustrativo, el art. 191.3 LRM señala que “si para la validez como fuente de prueba del objeto, documento o dato en España se requiera alguna formalidad o procedimiento específico en su obtención, se hará constar así *en el certificado* extendido por la autoridad emisora”. Nos parece significativo de lo que exponemos pues, sin duda, tendrán que trasladarse al certificado pero las formalidades o procedimientos deben hacerse constar en la resolución que acuerde la emisión del EEP.

Finaliza el artículo 191.4 LRM con la previsión de que se pueda solicitar a la autoridad de ejecución que obtenga cualquier otro objeto, documento o dato que considere relevante para el proceso penal español, siempre que su utilización en el mismo no requiera investigación complementaria alguna. Con ocasión del artículo de la DM/EEP - del que este precepto es mera trasposición -, RODRÍGUEZ BAHAMONDE ya puso de manifiesto que encierra un peligro, que la ejecución del EEP se convierta en una especie de “instrucción general” por parte de la autoridad requerida, recabando objetos, documentos y datos relacionados supuestamente con el proceso penal del que conoce otra autoridad⁶⁸⁶.

Esta posibilidad -que constituye en definitiva una habilitación genérica para recabar más prueba para el procedimiento penal español- creemos que debería haber sido limitada por nuestro legislador, que siempre puede imponer requisitos más estrictos en las facultades de emisión de sus autoridades. Y se dice esto porque esta habilitación general a la autoridad de ejecución para incautar otros objetos, documentos o datos para el proceso penal español quiebra los principios establecidos con carácter general en el EEP: si la necesidad, la proporcionalidad y la legalidad son cuestiones a valorar por la autoridad emisora no se entiende el motivo de que en estos casos se desplace esta valoración a la autoridad de ejecución, que gozaría de libertad para incautar estos objetos, documentos o datos con posible quiebra a estos principios (especialmente, al de legalidad, pues puede ignorar la autoridad de ejecución si en un caso similar en España sería posible incautarlo de conformidad con nuestra legislación). Creemos que al menos hubiera sido deseable que el legislador español contemplara un trámite de consultas previas imperativas, de modo que la autoridad judicial española sólo pudiera solicitar esta incautación cuando, recibida la información relativa a este nuevo objeto, documento o dato, valorase positivamente la concurrencia de todas las condiciones para ello. Surge además la cuestión del régimen de recursos que sería predicable en relación con el ejercicio de esta facultad general. Es algo que no está resuelto en la DM/EEP ni en la LRM. Nos inclinamos a sostener que la indebida incautación de un objeto, documento o dato no expresamente recogido en el EEP realizada en ejercicio de esta habilitación genérica concedida a la autoridad de ejecución debería poder impugnarse

⁶⁸⁶ Cfr. RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., “El exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (comentario sobre la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008)”, *Revista General de Derecho Europeo* 19, 2009, pág.8.

ante esta última autoridad, pero lo cierto es que no se contempla expresamente derecho a recurso sobre este particular.

Con ocasión del tratamiento del ámbito del EEP se hizo referencia a otra facultad que, si bien está prevista en la DM/EEP -y por tanto debe ser respetada cuando España sea Estado de ejecución- podría haberse limitado en los casos en los que nuestras autoridades sean emisoras. Nos referimos a la toma de declaraciones de las personas que estén presentes durante la ejecución del exhorto y directamente relacionadas con aquel [art. 4.2 DM/EEP- art. 187.2 a) LRM]. Decíamos que nos parece que el legislador español ha errado -en la forma y en el fondo- al trasponer esta excepción a la regla general de que no cabe utilizar el EEP para tomar declaraciones. Expongamos los motivos de esta crítica.

En primer lugar, la LRM regula esta materia en sede de disposiciones generales (en el capítulo I del título X) al tratar el ámbito del EEP. Por tanto, debería haber estado redactada la cláusula en términos activos y pasivos, abarcando cuando las autoridades judiciales españolas soliciten esta toma de declaraciones a la autoridad de otro Estado miembro que vaya a ejecutar el exhorto y también cuando sean las autoridades de otros Estados las que cursen este tipo de peticiones a las autoridades españolas de ejecución. Sin embargo, el artículo 187.2 a) LRM se refiere a que la autoridad “española” pueda solicitar tomar declaración, de acuerdo con el derecho del Estado de ejecución, a aquellas personas que estuvieren presentes durante la ejecución del exhorto y estuvieren directamente relacionadas con el asunto al que se refiere. Es una mera cuestión terminológica que podría haber sido subsanada.

Pero lo clave, a nuestro entender, es que el legislador español podía haber eliminado esta posibilidad para las autoridades españolas – dado que la legislación de implementación nacional en lo que a emisión se refiere siempre puede imponer requisitos más estrictos a sus autoridades, como de hecho hace la misma LRM introduciendo un filtro de proporcionalidad en la emisión de la OEDE – por mucho que fuera obligado mantenerla para las autoridades emisoras de otros Estados, por estar prevista en la normativa europea. Incluso de haberla introducido podría el legislador español haber establecido límites, como que la toma de declaración hubiera quedado circunscrita a la identidad de la persona y su relación con el objeto, documento o dato a recabar.

Por el contrario, haber aprobado el instrumento con esta posibilidad abre el camino para que la autoridad española de emisión solicite que se practique un auténtico interrogatorio al imputado o al testigo, condicionado sólo a que el mismo esté presente durante la ejecución del exhorto. BACHMAIER, en relación con esta previsión contenida en el artículo 187.2 a) LRM, entiende que, si bien no resulta clara la interpretación de este precepto (tampoco del correlativo en la DM/EEP) considera que a su amparo no procedería efectuar un interrogatorio formal de los testigos presentes, sino simplemente recoger sus declaraciones en el informe de la diligencia practicada, declaraciones que nunca tendrán valor de prueba testifical⁶⁸⁷. Mucho nos tememos, sin embargo, que la literalidad del artículo 187.2. a) LRM, que expresamente dice que “la autoridad judicial española podrá solicitar la toma de declaraciones” y del propio

⁶⁸⁷ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANELO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.) Cizur Menor, 2015.

artículo 4.6 DM/EEP que utiliza esta expresión “tomar declaración” se extraerá una conclusión diferente en la práctica. Conviene, además, tener presente los debates al respecto surgidos durante la tramitación de la DM/EEP, a los que hicimos referencia en el capítulo anterior.

Además, esta cláusula deja en absoluta indefinición lo que debe entenderse por personas “relacionadas con el caso”. Y no puede pasarse por alto que su presencia o no durante la ejecución del EEP puede ser evitada o provocada por las autoridades que ejecuten la incautación. Es decir, el hecho de que una persona esté o no presente durante la ejecución del exhorto puede ser algo circunstancial, propia de la casualidad, pero también puede ser algo deliberadamente buscado en atención al momento en que se decide ejecutar el EEP, cuestión ésta que no puede amparar, a nuestro juicio, que en la práctica por esta vía soterrada se amplíe el objeto del exhorto a un tipo de diligencia – la declaración – *a priori* excluida de su ámbito.

Queda además por dilucidar en qué condiciones debe prestarse esa declaración y las garantías que deben preceder a la misma. La mención a que se haga “de acuerdo con el derecho del Estado de ejecución”, sin establecer unas garantías mínimas que en todo caso deban salvarse, no resulta suficiente para garantizar la admisibilidad de ese testimonio en el proceso penal español. Además, esta mención de que deberá realizarse esta toma de declaración de conformidad con la legislación del Estado de ejecución parece innecesaria, puesto que la aplicación de la *lex loci* es la regla general en la ejecución del EEP, sin perjuicio de poder solicitar el cumplimiento de determinadas formalidades conforme a la *lex fori*. Esta es, precisamente, la solución por la que abogamos cuando sean los jueces o fiscales españoles los que hagan uso de esta facultad prevista en el artículo 187.2.a) LRM: que esta solicitud vaya acompañada de la petición de que se respeten los procedimientos o formalidades esenciales conforme a nuestro derecho según se trate de testigo, perito o investigado la persona que se encuentre presente durante la incautación del objeto. Al margen de que así se haga en la práctica, consideramos que hubiera sido deseable que el legislador español lo hubiera exigido expresamente.

El anteproyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales lo contemplaba en su artículo 211.4 con ocasión de estas declaraciones durante la ejecución del EEP. Hacía referencia con carácter general a que la autoridad española de emisión debía indicar las formalidades para que la declaración pueda surtir efecto en el proceso español y con carácter específico se aludía a que se advirtiera al testigo de las consecuencias del falso testimonio, haciéndole las preguntas generales de la ley y dispensándole de declarar en caso de que existiera causa legal para ello y en relación con el imputado, que debía ser informado de sus derechos debiendo estar siempre asistido de un abogado y de intérprete si lo necesitara. Lamentablemente, este precepto se suprimió con posterioridad a pesar de que no se objetó nada sobre este particular por parte del CGPJ o de la FGE, limitándose el primero a destacar la conveniencia de que en la Exposición de Motivos se explicara la aparente contradicción que en relación con las declaraciones presenta el exhorto –que sin embargo no eran propias del anteproyecto, sino que derivaban de la propia DM/EEP, como hemos visto -⁶⁸⁸.

En relación con esta misma facultad del artículo 187.2 a) LRM, JIMÉNEZ CRESPO considera esencial para salvaguardar el derecho de defensa y el principio de contradicción que se dé a las partes personadas la posibilidad de dirigir las preguntas que consideren oportunas, confiriéndoles al respecto un traslado previo a la emisión del

⁶⁸⁸ Informe del CGPJ, cit., pág.131.

EEP. También considera clave que se recojan en el certificado las formalidades que deben cumplirse durante la declaración, más concretamente las advertencias legales al testigo, al entender que afecta a derechos fundamentales⁶⁸⁹.

Acabaremos el proceso de emisión con otra mención importante que debe ser valorada en el momento de acudir al EEP: el plazo en el que se solicita que el mismo sea ejecutado. Es en sede de documentación del EEP, concretamente el artículo 190 último párrafo LRM, donde se prevé la posibilidad de que la autoridad judicial española que emite el exhorto indique un plazo más corto del previsto legalmente para su ejecución. Sobre esta cuestión, de indudable utilidad práctica, también hubiera sido útil contar con la opinión de las partes en sus alegaciones con ocasión del trámite de audiencia previa que antes hemos echado de menos en el artículo 191 LRM, aunque sin duda su importancia es menor en comparación con que las partes precisen formalidades o procedimientos que entiendan esenciales.

En relación con el plazo, Alemania propuso que el exhorto tuviera validez tan sólo durante el plazo de seis meses desde su emisión, pues la legislación alemana no permite atribuir el carácter de ejecutable a la orden emitida para recabar prueba una vez pasado dicho plazo. Por ello se propuso que dentro del articulado destinado a detallar el contenido y la forma del exhorto se hiciera constar este plazo de validez⁶⁹⁰. Esta pretensión, sin embargo, no prosperó.

1.5 Documentación del exhorto europeo de prueba

El exhorto se documenta en el formulario o certificado recogido en el anexo de la DM/EEP y deberá ir cumplimentado, firmado y su contenido certificado como exacto por la autoridad de emisión (art. 6.1 de la DM/EEP- art. 190 LRM, que remite al anexo XIII LRM).

De trascendental importancia es el hecho de que éste será el único documento que se transmita a la autoridad del Estado de ejecución, de modo que la resolución judicial que sirve de fundamento para el formulario no debe remitirse junto a éste (a diferencia de lo que pasa con otros instrumentos de reconocimiento mutuo). Expresamente lo menciona así el artículo 7.1 LRM.

La Comisión abogaba desde un primer momento por el sistema de documento único, constituido por el certificado cuyo modelo figuraba como anexo a la propuesta, considerando que este sistema es más rápido y efectivo que el elegido en otros instrumentos de reconocimiento mutuo. Singularmente al tiempo de la propuesta – recordemos 2003 - se mencionaba el de embargo preventivo, que requiere dos documentos: la resolución judicial y el certificado. La sucesiva promulgación de diversos instrumentos de reconocimiento mutuo ha generalizado, sin embargo, la opción contraria: la regla general es que hay obligación de remitir al Estado de ejecución el formulario y la resolución en el que éste se base.

Ya hemos mencionado antes que hubiera sido deseable que la resolución judicial que acordase la obtención del documento, objeto o dato se acompañase al certificado. Sería útil si hubiera necesidad de complementar la información que aparece en el mismo y podría suponer agilizar el reconocimiento y ejecución del EEP sin necesidad de recabar información adicional.

⁶⁸⁹ Cfr. JIMENEZ CRESPO, L.M., “Cuestiones prácticas del Título X de la ley 23/2014: exhorto europeo de obtención de pruebas” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANELO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C (Coords.), Cizur Menor, 2015.

⁶⁹⁰ Documento 16243/04 de 20 de diciembre de 2004.

El certificado en sí sufrió también distintas modificaciones desde la propuesta inicial de la Comisión, precisamente para adaptarlo a los cambios que se introdujeron en el texto finalmente aprobado de la DM/EEP.

Del modelo finalmente consensuado, que constituye el documento oficial en el que emitir el EEP, es necesario formular en esa sede las siguientes observaciones:

En la casilla A) debe indicarse el Estado de emisión y el Estado de ejecución. Este formato de la primera casilla es común también en otros certificados de diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo. Sin embargo, echamos en falta un apartado específico para incluir la autoridad de ejecución concreta a la que se remite el EEP (a la autoridad emisora sí se dedica espacio propio en la casilla C y en la D a la validadora). Si la transmisión es directa, si esta información está disponible en el Atlas de la página web de la Red Judicial Europea, no se entiende la razón para que el certificado no contemple un espacio específico para su concreción. Pareciera que se ha tomado de modelo el primer certificado, correspondiente a la OEDE, sin mayor reflexión. Pero la diferencia entre la transmisión de uno y otro es sustancial. La OEDE sí puede transmitirse, a través del sistema SIS, a todo el espacio europeo, por lo que sólo excepcionalmente – cuando se conozca el concreto Estado en el que se encuentra el reclamado – se remitirá a una específica autoridad de ejecución. Sin embargo, la mecánica en el EEP es diferente: sólo cabe mandarlo a un específico Estado, siendo por ello incomprensible que no se reserve una casilla en concreto donde facilitar los datos del destinatario del exhorto⁶⁹¹.

En la casilla B) se disponen unos cuadrantes para marcar, si resulta procedente, que concurren las condiciones para emitir el exhorto. Consideramos que no debería existir cuadrante donde marcar o no la concurrencia de estas condiciones, sino que las mismas tendrían que estar incorporadas al formulario como concurrentes en todo caso, puesto que de otra manera no procedería emitir el exhorto. Si lo que se ha querido es corroborar que la autoridad emisora afirma que el objeto, documento o dato es necesario, proporcionado y legalmente obtenible de conformidad con su legislación se podría haber dado una redacción distinta, afirmando tales extremos, de modo que la firma del documento por parte de la autoridad emisora implique certificar la concurrencia de estas condiciones necesarias para la emisión.

La casilla G) se dedica a los antecedentes del exhorto, que bien pueden ser un exhorto anterior, del que el siguiente es complementario, o bien una resolución de embargo preventivo, del que el exhorto es consecutivo (recordemos que la DM/EPYAP permite asegurar el objeto pero no su transferencia al Estado de emisión, siendo necesario acudir a otro instrumento para pedir el envío, pudiendo tratarse de un EEP o de una comisión rogatoria tradicional). En la propuesta se preveía un modelo específico para estos supuestos, pero entendemos que resulta mucho más lógica la opción finalmente aprobada, unificarlo todo en un solo certificado, cuestión que facilita la labor del operador jurídico.

Al margen de que sea decisiva la casilla I, que hemos tenido ocasión de analizar y que se refiere a la descripción de los hechos y a su calificación jurídica, debemos enfatizar la trascendental importancia práctica que tendrá la casilla L. Viene dedicada a la ejecución del exhorto y la nota a pie de página recogida bajo el ordinal segundo nos recuerda que la autoridad de ejecución cumplirá con las formalidades y procedimientos indicados por las autoridades de emisión (curiosamente la traducción habla aquí de autoridades de expedición) a menos que sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución. Especialmente relevante es la mención última de esta nota, al recordar que esta previsión *no creará obligación de tomar medidas coercitivas*. Ya tuvimos oportunidad de señalar que esta materia (regulada en el art. 12 DM/EEP) no ha sido objeto de una trasposición clara en la LRM. Por tanto, la casilla L, resulta crucial en un doble sentido: a) para la admisibilidad de la prueba obtenida a través del EEP, toda vez que permite describir

⁶⁹¹ Idéntica crítica cabe hacer de otros certificados incluidos como anexos en las normas reguladoras de los instrumentos de reconocimiento mutuo, como la DM/EPYAP, DM/SP o DM/DC.

los procedimientos y formalidades que solicita la autoridad de emisión; b) para recordar que no cabe compeler a que se utilicen medidas coercitivas.

También en esta casilla L, en su apartado 1, se puede indicar un plazo más breve para la ejecución del EEP cuando circunstancias especialmente urgentes (que deberán especificarse) así lo exijan. Expresamente se menciona esta cuestión en el artículo 190 LRM.

De la casilla M), dedicada a los recursos, conviene destacar que en su apartado 5 permite dar detalles sobre un organismo del Estado de emisión que pueda suministrar información sobre los procedimientos para interponer recurso en el Estado de emisión y sobre la posibilidad de obtener asistencia letrada y traducción e interpretación. Por tanto, contiene una referencia a las garantías del proceso penal que, sin embargo, no son aludidas en el articulado de la DM/EEP. Es una muestra más de la incoherencia que presenta el certificado con el texto articulado.

En cuanto al idioma en el que debe remitirse este documento, el Estado de ejecución debe recibirlo en su lengua oficial o en la lengua oficial de las instituciones de la Unión Europea que haya aceptado en la correspondiente declaración depositada ante la Secretaría General del Consejo. El Estado de emisión podrá redactar el exhorto en dicho idioma o bien traducirlo (art. 6.2 de la DM/EEP – art. 7.3 LRM).

Alemania propuso insistentemente durante la tramitación del exhorto que no hubiera obligación de traducirlo, o, alternativamente, que sólo hubiera una obligación de traducirlo en una lengua básica, como el inglés, o a un número limitado de lenguas básicas, como inglés, francés y alemán. Sin embargo, varios países hicieron objeciones a esto, incluida España. Se mencionó que podría dificultar que los plazos se respetasen en el Estado de ejecución el hecho de que fuera éste el que tuviera que realizar la traducción⁶⁹². Alemania propuso entonces que se recogiera expresamente que serían aplicables los acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales en materia de traducción vigentes entre los Estados miembros. Muchas delegaciones objetaron que esto sería tanto como mezclar las previsiones de la asistencia convencional mutua con las de los instrumentos de reconocimiento mutuo. La Presidencia propuso abordar esta materia desde la posibilidad de realizar declaraciones por parte de los Estados miembros que reflejaran los acuerdos existentes en materia de traducción de las solicitudes convencionales de asistencia legal mutua⁶⁹³ y así fue como se recogió finalmente en una declaración del Consejo efectuada en relación con el artículo 6.2 DM/EEP⁶⁹⁴.

1.6 La transmisión del exhorto europeo de prueba

El exhorto se transmitirá directamente a la autoridad competente del Estado donde se tengan motivos razonables para suponer que se hallan los objetos, documentos o datos, o en el caso de los datos electrónicos, donde sean directamente accesibles conforme a la legislación del Estado de ejecución (artículo 8 DM/EEP-192 LRM).

Por tanto, la opción de la DM/EEP, que vincula al legislador español al implementarla, es que sólo cabe la transmisión al Estado de ejecución donde razonablemente se crea que se encuentra el objeto, documento o dato cuya incautación se pretende. Venimos repitiendo que el legislador europeo podría haber sido más ambicioso en este particular. Procede traer a colación lo que ya tuvimos ocasión de comentar con anterioridad en relación con la transmisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión. Si los objetos, documentos o datos son reseñables en sistemas de búsqueda – por ejemplo porque como en el caso de las armas

⁶⁹² Documento 7828/05 de 6 de abril.

⁶⁹³ Documento 14102/05 de 8 de noviembre.

⁶⁹⁴ Documento 15138/2/08 de 25 de noviembre.

o los vehículos tienen un número de serie o número de bastidor que los hace identificables - parece razonable que, siendo necesarios para el proceso penal, la autoridad emisora pudiera remitir el exhorto a todo el espacio europeo cuando desconozca el Estado miembro en cuestión en el que se encuentra. Esta transmisión indiscriminada, que es perfectamente posible con la OEDE, no lo es cuando de lo que se trata es de la aprehensión de un objeto, documento o dato a través del EEP. No apreciamos razones objetivas para este diferente tratamiento pues la mecánica sería idéntica y reportaría gran utilidad.

Sobre la transmisión directa y la participación de autoridades centrales (cuya designación está prevista en el artículo 8.2 DM/EEP) cabe destacar que implícito al reconocimiento mutuo es que las autoridades judiciales de emisión y de ejecución reconozcan sus respectivas resoluciones en materia penal sin interferencia del Ejecutivo de los Estados miembros. Que sean sólo criterios de legalidad y no de otra naturaleza, como razones de índole política, los que se apliquen para ejecutar en un Estado miembro, el de ejecución, lo decidido judicialmente en otro, el de emisión. De ahí que el mecanismo natural para que el reconocimiento mutuo despliegue su eficacia es que las autoridades se comuniquen directamente entre sí, de modo que emitido el instrumento éste sea transmitido directamente a la autoridad de ejecución llamado a ejecutarlo, sin intervención de autoridades centrales. En el mismo sentido, en el articulado del exhorto (art. 8.6 DM/EEP- art. 8.1 párrafo segundo LRM) se reitera que tanto cualquier comunicación oficial adicional o cualquier dificultad que surja en relación con la transmisión o autenticidad de los documentos necesarios para la ejecución del exhorto se trate mediante comunicación directa entre las autoridades.

Pero en nada obstaculiza a estos principios propios del reconocimiento mutuo que la vía de transmisión o de recepción sea una autoridad central siempre y cuando la misma tenga competencia tan sólo para servir de cauce de transmisión, sin posibilidad legal de emitir pronunciamientos o tomar decisiones sobre si la resolución judicial del otro Estado miembro debe o no reconocerse y ejecutarse. Este es el sentido de lo previsto en el artículo 8.2 DM EEP. Es más, entendemos que la existencia de estos organismos centrales, con la delimitación de funciones ya reseñada, puede favorecer una mejor localización de la autoridad competente, un mejor seguimiento estadístico e incluso un favorecimiento de la celeridad, al detectar duplicidades, por ejemplo.

En el caso de que tales autoridades centrales no existan, la autoridad de emisión deberá averiguar la autoridad de ejecución que resulta competente. Para ello se puede acudir a la Red Judicial Europea (artículo 8.4 DM/EEP-art. 8.2 LRM) cuyos recursos informáticos son el instrumento clave en la localización de la autoridad competente en los demás instrumentos de reconocimiento mutuo (singularmente a través de la aplicación llamada Atlas).

Otra modalidad de transmisión es la que ya hemos mencionado consistente en que la autoridad de emisión pueda participar en la ejecución del exhorto y transmita el certificado estando en el propio Estado de ejecución. En esos casos el artículo 9.2 DM/EEP (y el 192.2 LRM) prevé que durante su estancia pueda emitir un exhorto complementario y transmitirlo directamente a la autoridad de ejecución competente.

La transmisión se articulará por cualquier medio que permita dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado de ejecución establecer su autenticidad, incluyendo el sistema protegido de telecomunicaciones de la Red Judicial Europea (art. 8.1 y 8.3 DM/EEP). La DM/EEP - no así la LRM - contempla por tanto expresamente que la

transmisión pueda hacerse a través del canal seguro de comunicaciones de que dispone esta red.

Durante el proceso de elaboración normativa del exhorto, Luxemburgo propuso que se incluyera una previsión por la que el original del exhorto pudiera ser enviado a la autoridad de ejecución si así lo requería ésta, de conformidad con lo que se preveía en otros instrumentos como la DM/SP o la DM/DC⁶⁹⁵. Finalmente, sin embargo, esta propuesta no prosperó y no hay previsión en la DM/EEP de que se manden originales a requerimiento de la autoridad de ejecución.

El legislador español, aunque la DM/EEP no lo regule expresamente, permite la transmisión simultánea a varios Estados miembros (art. 192.1 LRM) con la única condición, irrenunciable a la vista del artículo 8 DM/EEP, de que existan *indicios razonables* de que en sus territorios se encuentren el objeto, documento o dato que se persiga. Esta posibilidad adquiere cierta importancia si el objeto tiene capacidad de movimiento, por ejemplo, un vehículo del que se sabe se hace un uso transfronterizo frecuente entre varios Estados concretos. Problemático es dilucidar si deben explicitarse los motivos razonables de esta suposición. Del certificado parece desprenderse que sólo debe especificarse la ubicación actual o la última conocida (apartado K.2) sin detallar las razones que llevan a la autoridad de emisión a dicho conocimiento. Nos parece, sin embargo, que desde el momento en que la autoridad de ejecución tendrá que tomar decisiones como si acude o no a medidas coercitivas, elementos cruciales en dicha valoración son la solidez de los argumentos de que disponga la autoridad de emisión y que apuntan a que en dicho lugar se encuentran los objetos, documentos y datos. En este sentido parecería deseable que la autoridad de emisión viniera obligada a explicitar estas razones de transmisión a un concreto Estado miembro.

Por último, el artículo 8.5 DM/EEP sale al paso de los casos en los que la autoridad de emisión se equivoque en la determinación de la autoridad competente para la ejecución del exhorto en otro Estado miembro. Lo hace contemplando la remisión de oficio por la autoridad de ejecución a la que resulte competente. Es, sin duda, un mecanismo que redundará en la rapidez y eficacia del exhorto.

Para la operatividad práctica del exhorto es altamente recomendable que la legislación de implementación de los distintos Estados miembros recoja expresamente que la autoridad de ejecución que sea competente territorialmente - porque en su circunscripción se tenga motivos razonables para suponer que se halla cualquiera de los objetos, documentos o datos requeridos en el exhorto - pueda ejecutar la totalidad del exhorto, aunque algunos de ellos se encuentren fuera de su circunscripción. Así se favorece que si se trata de varios objetos y éstos se encuentran en localidades diferentes de un mismo Estado, una misma autoridad ejecute la totalidad de este instrumento de reconocimiento mutuo (favoreciendo la uniformidad de las decisiones que se adopten en relación con su reconocimiento, la rapidez de la obtención de la prueba y la simplificación y coordinación con la autoridad emisora). Esto es precisamente lo que hace el legislador español en el artículo 188.2 LRM para los supuestos en los que España es Estado de ejecución, como analizaremos en el capítulo dedicado al proceso de ejecución en nuestro país del EEP.

1.7 Utilización de las pruebas obtenidas a través del EEP

Dos son las cuestiones que es preciso analizar ahora en relación con el uso en el proceso penal español del objeto, documento o dato recabado a través del EEP. La

⁶⁹⁵ Documento 8416/05 de 29 de abril de 2005.

primera hace referencia al uso de datos personales, la segunda al valor probatorio que prevé el artículo 189.3 LRM.

Con ocasión del tratamiento en la DM/EEP de los datos personales tuvimos oportunidad de destacar que el artículo 10 de la norma europea contiene una limitación en relación con el uso que de estos datos – obtenidos en el Estado de ejecución- se haga fuera del procedimiento para el que fue emitido el exhorto. Concretamente, se limita el uso: a) a los procedimientos para los que el exhorto puede emitirse; b) para otros procedimientos judiciales y administrativos directamente relacionados; c) para prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. Esta previsión del artículo 10 DM/EEP ha sido trasladada al artículo 194 LRM en términos prácticamente coincidentes, aunque sus términos literales sufrieron varios cambios durante su tramitación.

En el anteproyecto el artículo 214 A/LRM permitía el uso de datos personales para todos los procedimientos penales, también para los procedimientos judiciales y administrativos directamente relacionados con el proceso penal en el que se solicitaron. Esta posibilidad genérica fue criticada por el CGPJ en su informe, que destaca que el trasvase de datos personales obtenidos en una causa penal a todos los demás procedimientos penales sin limitación alguna, así como a procedimientos no penales y administrativos directamente relacionados con el procedimiento penal en el que se solicitaron - sin referencia al principio de proporcionalidad ni regulación del procedimiento - no resulta adecuada, destacando que en lo que concierne a los procedimientos administrativos supondría una vulneración de la doctrina del TC⁶⁹⁶. Su redacción fue modificada en el texto final, aunque la referencia ahora contenida en el artículo 194 LRM a “otros (procedimientos) directamente relacionados” sin mayor especificación de la naturaleza de este proceso (judicial pero no penal, administrativo) creemos que más que resolver el problema apuntado por el informe del CGPJ lo que se limita es a obviarlo.

La actual redacción del artículo 194 LRM se presta a diferentes interpretaciones. En lo que aquí nos interesa, los procesos penales, limita el uso de datos personales, como hemos visto, a “aquellos procesos en los que pudiera acordarse esta resolución” en referencia a que pudiera emitirse el EEP. Lo cierto es que la LRM no fija en abstracto un tipo de proceso penal en el que no pueda emitirse el EEP, por lo que una posible interpretación de este precepto haría referencia a que siempre se podría utilizar el dato personal así recabado. Como esta lectura deja vacío de contenido el artículo 194 LRM, podemos plantearnos si se puede estar refiriendo a que el EEP no hubiera podido emitirse porque no concurrieran las condiciones exigidas con carácter general en el artículo 189.1 LRM. O bien que no pudiera emitirse el EEP con esas mismas características, por ejemplo, con el privilegio de no estar sometido al control de doble tipificación de la conducta (porque el primero de los exhortos se cursara con ocasión de un delito incardinable en las 32 categorías delictivas que eximen de este control en determinadas condiciones de penalidad y el segundo de los procesos penales, sin embargo, no participe de esta característica). Si prospera esta interpretación podrían plantearse problemas de admisibilidad de este dato personal en ulteriores procesos penales.

Pero especialmente problemática y desacertada nos parece la previsión recogida en el artículo 189.3 LRM. Recordemos que este precepto estipula que “las pruebas obtenidas a través de un exhorto practicado de conformidad con la normativa procesal del Estado de ejecución y, en su caso, de acuerdo con las formalidades expresamente indicadas por la autoridad española, producirán plenos efectos y no serán susceptibles de recurso

⁶⁹⁶ Informe del CGPJ, cit., pág.133.

dirigido a controlar las garantías de imparcialidad observadas en su obtención ni el valor de los actos practicados en forma”.

La primera reflexión crítica se ciñe a la mención de que “producirá plenos efectos”. Entendemos que en modo alguno puede referirse a la valoración de la prueba, que corresponde exclusivamente al tribunal enjuiciador, sino a que será admisible en el procedimiento penal español sin perjuicio de que su valoración quede sometida únicamente al criterio del tribunal enjuiciador. Esta interpretación no obsta, a nuestro juicio, que las partes puedan cuestionar la premisa en la que se asienta este extraordinario efecto: que la prueba se haya obtenido de conformidad con la legislación del Estado de ejecución. De prosperar su alegación de que ha habido infracción de esta legalidad la consecuencia podría ser la inadmisibilidad de la prueba, aunque ello dependerá, creemos, del tipo de infracción que haya tenido lugar en el Estado de ejecución.

La segunda cuestión destacable de este precepto es que no resulta de fácil entendimiento precisar a qué se refiere cuando señala el precepto que no será susceptible de recurso dirigido a controlar las garantías de imparcialidad. Entendemos que hace alusión al *tipo de autoridad* ejecutora del exhorto, cuestión que veda al análisis por los tribunales españoles, asumiendo por tanto la libre determinación de autoridades competentes para ejecutar el EEP que haya realizado el Estado al que se transmitió el mismo. Si este era el propósito del legislador español hubiera sido preferido que se explicitase claramente, porque esta cláusula resulta de difícil entendimiento.

Por último, establece el precepto comentado que tampoco puede ser objeto de recurso el valor de los actos practicados en forma en el otro Estado. Las dudas interpretativas se centran aquí en dilucidar a qué se está refiriendo el legislador español. Si por “valor de los actos practicados en forma” se está aludiendo a la eficacia probatoria de estos actos, conviene tener presente que la libre valoración de la prueba por el tribunal sentenciador es consustancial a nuestro sistema procesal penal.

Nos interesa destacar que este precepto de la LRM, que no tiene su correlativo en la DM/EEP⁶⁹⁷, generará problemas de interpretación en la práctica. Quizás convenga recordar que la LRM debe interpretarse de manera conforme con la DM/EEP (art. 4.3 LRM) y ésta en el considerando 28 nos recuerda que “la presente Decisión Marco no impide a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas a las garantías procesales”⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ WILLIAMS recuerda que la propuesta de la Comisión nunca abordó el tema de la admisibilidad de la prueba porque la consulta con los expertos hizo concluir que sería prematuro hacerlo. Así, la admisibilidad se intenta favorecer por la inclusión de garantías que protejan los derechos fundamentales, dando entrada al *forum regit actum* y garantizando que sólo pueda emitirse el exhorto si los objetos, documentos o datos pueden obtenerse en casos nacionales similares, cfr. WILLIAMS, C., “The European Evidence Warrant: the proposal of the European Commission”, ERA Forum, *Special Issue on European Evidence*, 2005. Especialmente crítica con esta previsión del artículo 189.3 LRM se muestra BACHMAIER WINTER, L., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015.

⁶⁹⁸ También incide sobre esto MURPHY, C.C., “The European Evidence Warrant: mutual recognition and mutual (dis) trust?” en *Crime within the area of freedom, security and justice: a european public order*, 2011, pág.16.

2. EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

2.1 Tipos de procedimientos en los que cabe la emisión de la orden europea de investigación

Si en el ámbito de la OEI tratado en el capítulo VII hemos analizado las diligencias de investigación que tienen cabida en la orden, nos centraremos ahora en el tipo de procesos en los que puede emitirse este instrumento. El artículo 4 D/OEI detalla estos procedimientos, tanto en relación con personas físicas como jurídicas - siempre que puedan ser responsables o ser castigadas por delitos o infracciones en el Estado de emisión -. Al respecto, hay una total coincidencia con lo previsto para el EEP. De este modo, pueden clasificarse como sigue:

- Procedimientos penales por hechos delictivos, ya entablados o que vayan a entablarse en el futuro;
- Procedimientos respecto de infracciones de disposiciones legales cuando la decisión pueda dar lugar a ulteriores procedimientos ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular en materia penal siempre que ya estén incoados, bien por autoridades judiciales o bien por autoridades administrativas. Para éstos será de aplicación la causa de denegación de la ejecución prevista en el artículo 11.1 c) D/OEI, que prevé la denegación si la medida contenida en la OEI no estuviese autorizada para un caso similar con arreglo al derecho del Estado de ejecución (a la vista de que estamos ante procedimientos por hechos no delictivos).

A pesar de haber optado finalmente por la misma solución que se recogiera ya en la DM/EEP, durante la negociación de la D/OEI las dudas sobre los tipos de procedimientos en los que cabía emitir la orden dieron lugar a múltiples debates. Se remitió a los Estados miembros un cuestionario para que informasen sobre qué tipo de medidas de investigación preveía su legislación interna cuando el procedimiento no fuera por delito, sino por infracción de disposiciones legales pero pudiera dar lugar a un recurso en vía penal. Se les preguntó también si en esos casos verían factible la emisión de la OEI⁶⁹⁹. Un grupo de Estados miembros (Austria, Alemania, Chipre, Grecia Hungría, Italia, Polonia, y Eslovenia) manifestaron disponer de procedimientos administrativos que permitían adoptar medidas de investigación, si bien las concretas medidas eran diferentes en cada Estado (generalmente incluía en todos los casos la toma de declaraciones o la obtención de documentación)⁷⁰⁰. Finalmente se optó por incluir estos procedimientos administrativos, aunque como veremos a continuación esto no significa que la OEI pueda ser emitida por autoridades administrativas. El tipo de procedimiento, en consecuencia, no modifica el carácter estrictamente judicial de la autoridad de emisión.

En la legislación española de implementación entendemos que no cabe sino limitar a los procedimientos penales el tipo de procedimientos en los que podrá emitirse una OEI, como se hiciera ya en la LRM para el EEP.

2.2 La designación de las autoridades de emisión en la orden europea de investigación

El artículo 2 c) D/OEI contiene una definición alternativa de las autoridades que pueden ostentar la condición de autoridades de emisión de la OEI. Pueden serlo:

⁶⁹⁹ Documento 12213/10 de 23 de julio de 2010.

⁷⁰⁰ Documento 13050/10 de 31 de agosto de 2010 y 13050/1/10 de 4 de octubre de 2010.

- a) Un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate o
- b) Cualquier otra autoridad competente que en el asunto específico de que se trate actúe como autoridad de investigación en procesos penales y pueda ordenar la obtención de pruebas con arreglo al derecho nacional; si bien, antes de la transmisión, la OEI emitida por este tipo de autoridades deberá ser validada por un juez, órgano jurisdiccional, un fiscal o un magistrado instructor del Estado de emisión (adquiriendo entonces también la autoridad validadora la condición de autoridad de emisión).

De lo anterior se colige que la solución dada en la D/OEI para la definición de las autoridades de emisión es similar a la que ya facilitaba la DM/EEP en cuanto a que presupone la necesidad de validación en ciertos casos, aunque ésta opera de manera diferente en uno y otro instrumento. Se opta en ambos por un sistema flexible de autoridades de emisión, de modo que se incluye a autoridades que no son propiamente judiciales para dar cabida a sistemas nacionales en los que la investigación procesal penal recae en autoridades policiales o administrativas. Pero en estos casos en la D/OEI se obliga a una validación *previa* a la transmisión. No ocurre como en la D/EEP, donde la necesidad de validación depende del Estado de ejecución y de las declaraciones que haya realizado, configurando como causa de denegación que el exhorto no haya sido validado. En la D/OEI la validación es necesaria en todo caso y previa a la transmisión cuando las autoridades emisoras no sean un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal. Consecuentemente, en la D/OEI no se recoge una causa de denegación relativa a la validación, pues ésta se ha convertido en un requisito previo a la transmisión a cualquier Estado.

La propuesta de directiva partía de una base radicalmente distinta. Definía dos tipos de autoridad de emisión (juez, fiscal o cualquier otra autoridad judicial que actúe en calidad de autoridad de investigación en el proceso penal, en referencia clara a autoridades policiales o administrativas). El informe explicativo sostenía que una de las mayores dificultades que suponía el exhorto era precisamente la necesidad de validación en ciertos casos, por lo que en la propuesta de D/OEI no se contemplaba mantener este mecanismo.

Durante las negociaciones en el Consejo, el Grupo de Trabajo constató la necesidad de clarificar qué debía entenderse por autoridades de emisión⁷⁰¹. Con tal finalidad la Presidencia preparó un cuestionario y todas las delegaciones nacionales fueron llamadas a cumplimentarlo, utilizando la misma metodología que ya hemos descrito en relación con los tipos de procedimientos en los que podía emitirse la OEI. Las preguntas en este caso iban dirigidas a conocer si, de conformidad con la legislación interna de cada Estado, una autoridad distinta de un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal podía ser configurada como autoridad de emisión en virtud de la propuesta de directiva y, en caso de que así fuera, se requería que se especificase qué tipo de autoridad sería y qué medidas de investigación podría acordar (si cualquiera o sólo algunas, si para todo tipo de delitos o sólo para algunos en concreto, debiendo concretarse cuales en cada caso)⁷⁰².

Las respuestas al cuestionario ilustran la multitud de escenarios que al respecto encontramos entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea⁷⁰³.

Mientras que un elenco mayoritario de países señalaron que no cabría que fuera autoridad de emisión alguien que no ostentase la condición de juez o fiscal (respuesta dada por Bélgica, República Checa, Estonia, España, Francia, Hungría,

⁷⁰¹ Documento 12201/10 de 20 de julio.

⁷⁰² Documento 12212/10 de 23 de julio de 2010.

⁷⁰³ Documento 13049/10 de 31 de agosto de 2010.

Irlanda, Italia, Luxemburgo, Letonia, Portugal, Polonia, Reino Unido y Rumania) otros Estados detallaron cómo, de conformidad con su legislación interna, sí podrían ser emisoras otro tipo de autoridades:

Austria condicionaba la definición de autoridad de emisión al tipo de procedimiento al que se aplicara la directiva. Así, si se hacía extensiva a procedimientos administrativos, altas autoridades de esta naturaleza podrían ser autoridades de emisión, si bien el tipo de medidas de investigación que podrían adoptar sería limitado. No obstante, el registro de locales y de personas estaría permitido por autorización de autoridades administrativas en ciertos casos (de conformidad con la legislación de epidemias, la de materiales explosivos y municiones y la de telecomunicaciones).

En Finlandia las investigaciones no están nunca dirigidas por un juez y frecuentemente tampoco lo están por un fiscal. Normalmente, son las autoridades policiales y las de aduanas y de fronteras las que actúan como últimas responsables de las investigaciones penales. Estas autoridades policiales deciden sobre detenciones, registros domiciliarios, embargos de bienes, registros corporales y entregas controladas. El jefe de la oficina nacional de investigación es el encargado de autorizar la intervención de agentes encubiertos. Sólo la interceptación de telecomunicaciones y los datos de comunicación derivados de estas comunicaciones son ordenadas por un tribunal previa solicitud del responsable de la investigación.

En Lituania las autoridades policiales, como responsables de la investigación penal, pueden decidir el uso de medidas de investigación, pero estas vienen limitadas a los interrogatorios, careos, registros corporales, reconocimientos en rueda, reconstrucción de hechos, bloqueo de datos o la práctica de periciales. Un juez será el que decidirá sobre registros domiciliarios, obtención de datos almacenados en sistemas electrónicos de información, o en bancos, interceptación de telecomunicaciones, vigilancias, toma de muestras y otras medidas especiales.

En Suecia algunas investigaciones penales son dirigidas por la policía, otras por el fiscal, existiendo detalladas normas que distinguen entre uno y otro caso. Algunas diligencias de investigación pueden ser acordadas policialmente sin necesidad de intervención de la autoridad judicial o fiscal, por ejemplo, el registro domiciliario, los registros corporales o el aseguramiento provisional de bienes.

Según la legislación eslovena, autoridades de emisión podrían ser las policiales o autoridades administrativas (en relación estas últimas con aquellos procedimientos que, si bien son administrativos, pueden finalizar o dar lugar a procedimientos ante un tribunal). Por ejemplo, la policía puede acordar el interrogatorio de un sospechoso y, en tal sentido, puede emitir una orden europea de investigación con tal finalidad. Las autoridades administrativas sólo pueden obtener información y asegurar pruebas ya existentes, pero para tal función podrían ser emisoras de una OEI.

Dinamarca⁷⁰⁴ en su contestación puntualizó que también el Ministerio de Justicia debería tener la condición de autoridad judicial, y que la policía, que es quien investiga los delitos en ese Estado, puede adoptar ciertas medidas de investigación, aunque otras necesitan la aprobación de un fiscal o de un juez.

El Grupo de Trabajo discutió si, ante esta situación, determinadas autoridades que no son jueces ni fiscales deberían ser equiparadas a éstos, a fin de promover una amplia aplicación de la directiva. Algunas delegaciones veían problemática esta extensión porque la medida incluida en la OEI sería objeto de reconocimiento mutuo incluso aunque tuviese carácter coercitivo, siendo excepcionales los motivos por los que la autoridad de ejecución podía acudir a una medida distinta. En esta tesitura, por tanto, que la autoridad emisora fuera un juez, un fiscal, un órgano jurisdiccional o, por el contrario, fuera el Ministerio de Justicia o una autoridad policial tenía una

⁷⁰⁴ Documento 13049/1/10 de 4 de octubre de 2010.

importancia crucial para muchos Estados miembros. La discusión tenía mucha más entidad que en el caso del EEP porque de la medida de investigación que la autoridad de emisión incluye en la OEI en principio debe ser ejecutada, sin perjuicio de que quepa su sustitución, como vimos.

Ante esta situación, la Presidencia⁷⁰⁵, partiendo de que la propuesta de D/OEI comprendía ambos tipos de autoridades sin exigencia de validación alguna, articuló el debate en torno a cinco opciones:

-Mantener el texto de la propuesta, dando por tanto flexibilidad a la legislación nacional de los Estados miembros.

-Modificar el texto de la propuesta, de modo que sólo sean autoridades de emisión los jueces, tribunales y fiscales.

-Mantener el texto de la propuesta, pero introduciendo un sistema de validación y una causa adicional de denegación si la orden no hubiese sido validada.

-Mantener el texto de la propuesta, introduciendo un sistema de validación pero restringiendo su aplicación a ciertas medidas coercitivas.

-Mantener el texto de la propuesta, pero con la condición de que la designación de autoridades no judiciales como autoridades de emisión estuviera sujeta a escrutinio judicial en el Estado de emisión, antes y/o después de la emisión de la orden.

De las cinco soluciones, la tercera, que optaba por introducir un sistema de validación y una causa adicional de denegación fue la que recabó mayor apoyo en la reunión del Grupo de Trabajo de 28 de septiembre de 2010. A partir de entonces se partió de la premisa de que la validación existiría, quedando por dilucidar cómo operaría. Fue un hito importante, porque recordemos que la validación se había considerado inicialmente como uno de los mayores inconvenientes del EEP. Con esta decisión de reintroducirla, tomada durante las negociaciones en los órganos preparatorios del Consejo, se estaba dando un paso atrás en los objetivos que habían inspirado la propuesta de D/OEI.

La Presidencia entonces propuso dos opciones sobre el sistema de validación, no sin antes observar que para ambos sistemas habría que contemplar una causa específica de denegación basada en que no se haya validado la orden. Destacó además que podría preverse que la denegación fuera parcial, esto es, solo para alguna de las medidas recogidas en la OEI pero no para todas. Las dos opciones sobre la validación eran las siguientes:

-La autoridad de ejecución sólo podría denegar la ejecución de la OEI si el Estado miembro de ejecución ha notificado que exigirá la validación o emisión por un juez, tribunal o fiscal. La ventaja de este sistema es la certeza que otorga al proceso, pues de antemano sabrá la autoridad de emisión qué autoridades de ejecución exigirán la validación en virtud de las declaraciones hechas por sus respectivos Estados.

-La autoridad de ejecución podrá denegarla incluso sin que haya mediado declaración alguna de su Estado, en función de las peculiaridades de cada caso en concreto. Supone un sistema más incierto pero más flexible⁷⁰⁶.

En aras a la seguridad jurídica, la mayor parte de las delegaciones se inclinaron por la primera de las opciones, de modo que una declaración previa y general por los Estados miembros fuera necesaria para exigir el proceso de validación.

A la vista de ello, la Presidencia sometió a consideración la inversión de los términos de la validación, de modo que se estableciera la regla general de que sólo jueces, fiscales y tribunales pudieran emitir órdenes europeas de investigación, pero

⁷⁰⁵ Documento 13822/10 de 24 de septiembre de 2010.

⁷⁰⁶ Documento 14641/10 de 12 de octubre de 2010.

como excepción, los Estados miembros podrían autorizar la designación de otras autoridades que podrán ser emisoras sólo en relación con aquellos Estados que han declarado previamente que reconocerán ese tipo de órdenes europeas de investigación⁷⁰⁷.

Tras someter la cuestión a los servicios jurídicos, el Grupo del artículo 36 tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en su reunión de 26 de octubre de 2010, alcanzándose consenso sobre que resultaba preferible la opción consistente en permitir que autoridades no judiciales emitieran órdenes europeas de investigación siempre que pudieran hacerlo en procedimientos nacionales similares y debiendo ser validados por un juez, tribunal o fiscal que debe comprobar su adecuación a las normas de la directiva antes de ser remitidas al Estado de ejecución. Esta fue la opción finalmente asumida en la D/OEI.

Quedaba por dilucidar, sin embargo, si resultaba necesario definir qué debería entenderse por validación, cuestión que no era pacífica, pues algunos tildaban de innecesaria esta definición⁷⁰⁸.

La D/OEI no define qué debemos entender por validación, pero sí deja claro que no se trata de un mero requisito formal (gráficamente, no se trata de estampar una firma o un sello, como se destacó durante las negociaciones). En el proceso de validación tiene que haber un control de fondo por parte de la autoridad validadora, a la que, precisamente por eso, la D/OEI equipara a efectos de transmisión a la propia autoridad de emisión. Decimos esto porque el artículo 2.c ii) D/OEI exige que con la validación se realice un control sobre si la OEI cumple con los requisitos exigidos en la directiva para su emisión, en particular, tiene que haber un control de que efectivamente se satisfacen las condiciones establecidas en el artículo 6.1 D/OEI (que la diligencia de investigación sea necesaria, proporcionada y que pudiera haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar). En el mismo sentido se expresa el considerando 11, que destaca que la misma evaluación – se entiende de las condiciones para su emisión - debe llevarse a cabo en el procedimiento de validación.

En otro orden de cosas, es necesario abordar la existencia de otro tipo de autoridades, las centrales. La D/OEI permite designar autoridades centrales, o incluso más de una por Estado miembro si así lo prevé su sistema jurídico. El papel que tienen estas autoridades centrales en la emisión de la OEI lo deja claro el propio articulado de la directiva, pues el artículo 7.3 D/OEI limita su intervención, en lo que a la emisión se refiere, a su transmisión y a la correspondencia oficial que genere la OEI. No podrán, por tanto, emitir la orden.

Entendemos que en la futura implementación en España de la D/OEI la autoridad de emisión debe definirse en términos similares, pero no idénticos, a como lo hace el artículo 188.1 LRM en relación con las autoridades de emisión del EEP. De este modo, autoridades de emisión de la OEI en España deberían ser los jueces y tribunales que conozcan del proceso penal en el que se acuerde la medida de investigación, así como los fiscales que dirijan las diligencias de investigación en relación con las medidas de investigación que no afecten a derechos fundamentales. Expondremos sucintamente la diferencia entre la definición de autoridades que propugnamos para la OEI y los motivos de apartarnos de la definición contenida en el EEP.

Como hemos venido repitiendo, el ámbito del exhorto se limita a requerir a la autoridad de ejecución la incautación de un objeto, documento o dato, quedando a criterio de la

⁷⁰⁷ Documento 15329/10 de 21 de octubre de 2010.

⁷⁰⁸ Documento 15999/10 de 11 de noviembre de 2010.

autoridad de ejecución que esta incautación se realice por medios coercitivos (art. 11.2 DM/EEP). La incautación no conlleva implícita la adopción de coerción alguna. Por eso el artículo 188.1 LRM en su definición de autoridad emisora, señalando que podrán serlo “los Fiscales que dirijan las diligencias de investigación en las que se deba adoptar el exhorto”. Nos parece que esta definición es conforme a derecho, aunque abogamos por una mayor precisión en los términos que hemos destacado en este mismo capítulo con ocasión del análisis de las autoridades de emisión en sede de EEP.

Sin embargo, la OEI contiene medidas de investigación intrínsecamente coercitivas, medidas que son siempre y en todo caso limitativas de derechos fundamentales (las intervenciones telefónicas, por ejemplo). Contiene también medidas cautelares (previstas en el art. 32 D/OEI para el aseguramiento del elemento probatorio). Obvio es decir que la adopción de ambas está vedada en nuestro ordenamiento jurídico a la fiscalía. De modo que resulta necesario precisar en el texto legal que el Ministerio Fiscal sólo podrá emitir la OEI cuando ésta abarque medidas para cuya *adopción* tenga competencia de conformidad con la legislación nacional. Y es que el presupuesto de la OEI es que la autoridad de emisión haya acordado en el procedimiento nacional la medida de investigación que se transmite a la autoridad de ejecución del otro Estado miembro a través de este instrumento de reconocimiento mutuo. Lo expuesto va en la línea de la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre las Diligencias de Investigación, que expresamente recoge en su epígrafe XIX que los fiscales pueden solicitar de las autoridades extranjeras por vía de auxilio judicial internacional cualquier diligencia que no esté reservada conforme a las normas procesales españolas a la autoridad judicial. Si la solicitud está vedada en comisiones rogatorias, con más motivo en instrumentos de reconocimiento mutuo, donde no hay tal solicitud sino un auténtico requerimiento para ejecución de lo acordado⁷⁰⁹. Lo que propugnamos es que en la trasposición española de la D/OEI quede claro que lo que se transmite no es una solicitud de que se adopte una medida, sino una medida ya acordada en el proceso penal español y que se pretende sea ejecutada en otro Estado. Por eso entendemos esencial que se matice que podrán ser autoridad de emisión los fiscales que dirijan las diligencias de investigación “en relación con las medidas de investigación que no afecten a derechos fundamentales”. Asimismo, como apuntáramos al tratar el EEP, cuando la autoridad emisora sea la fiscalía es preciso que se advierta que no se han autorizado medidas coercitivas, pues llegado el caso la medida puede ser objeto de sustitución por la autoridad de ejecución y - aunque no es previsible que se sustituya una medida no invasiva por otra que sí lo sea - conviene que ésta conozca los términos en que la obtención de prueba está autorizada en el proceso español en el que se emite la OEI.

Como corolario de lo anterior, consideramos que no procede designar otro tipo de autoridades, singularmente autoridades administrativas o policiales, como autoridades de emisión de la OEI y, consecuentemente, que no será necesario disponer en España de un mecanismo de validación como el previsto en el artículo 2.c ii) D/OEI. Correspondiendo al juez de instrucción la investigación procesal penal y a los jueces y tribunales su enjuiciamiento y la ejecución de las sentencias penales, además de al Ministerio Fiscal en el limitado margen de las diligencias de investigación de la fiscalía, la designación de autoridades de emisión de la OEI se colman implementando el art. 2.c

⁷⁰⁹ En el mismo sentido, cfr. AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, nº 2145, 2012.

i) atribuyendo esta condición, en los términos expuestos, a los jueces, tribunales y fiscales.

Tampoco parece probable ni conveniente que en España se atribuya algún cometido a la autoridad central en relación con la OEI. Quien ostenta tal condición en nuestro ordenamiento jurídico, el Ministerio de Justicia (art. 6.3 LRM), no tiene competencia alguna en materia de investigación penal ni de adopción de medidas cautelares, por lo que no se ve razón alguna para atribuirle un papel en la OEI, ni siquiera a efectos de transmisión o gestión de la documentación, siendo coherente con el resto de la LRM mantener la transmisión y comunicación directa entre las autoridades judiciales implicadas.

2.3 Condiciones para la emisión de la orden europea de investigación

Al hablar de condiciones para la emisión de la OEI estamos haciendo referencia a los presupuestos que deben concurrir para que la autoridad de emisión que ha acordado una medida en el proceso nacional pueda interesar a través de la OEI que se practique esa medida en el territorio del Estado de ejecución.

El considerando 10 D/OEI parte del presupuesto de que la autoridad de emisión es la que mejor puede decidir, en función de los detalles de la investigación de los que tenga conocimiento, a qué medida de investigación debe recurrirse. Por tanto, es la autoridad de emisión la que toma la decisión sobre la concreta medida de investigación que debe ejecutarse.

Para esta toma de decisión la D/OEI recoge unos condicionantes que, si bien no estaban en la propuesta de directiva, se incluyeron a instancias del Parlamento europeo. Se recogen en el artículo 6 D/OEI, que permite emitir la OEI sólo cuando:

- a) La emisión sea *necesaria y proporcionada* a los fines de los procedimientos en los que se emite la OEI teniendo en cuenta los derechos del sospechoso o acusado; y
- b) La medida de investigación requerida en la OEI *podría haberse dictado en las mismas condiciones* para un caso interno similar.

Un análisis comparativo de estas condiciones con las recogidas en la DM/EEP nos lleva a la conclusión de que son idénticas: necesidad, proporcionalidad y legalidad, aunque por la propia naturaleza de los dos instrumentos su operatividad será diferente en la OEI. La necesidad y la proporcionalidad se mencionan expresamente en el artículo 6.1 a D/OEI. La legalidad (también la proporcionalidad) se desprende del artículo 6.1.b) D/OEI porque para poder haber dictado esa medida en un caso nacional similar es requisito imprescindible que esté permitida en Derecho. Observamos, eso sí, que su redacción genera cierta dificultad de entendimiento. La medida de investigación de que se trate, por ejemplo la entrada y registro o la intervención telefónica, entendemos que no sólo “podría haberse dictado en las mismas condiciones”, de hecho *tiene que haberse acordado en el procedimiento de que se trate*, sirviendo la OEI únicamente para su transmisión a otro Estado miembro para que las autoridades de éste acuerden su ejecución⁷¹⁰. Lo que subyace, en definitiva, es que se evite el “fórum shopping probatorio”, que se recabe fuera del Estado que conoce del procedimiento lo que no podría obtenerse dentro de sus fronteras porque la medida no podría haberse acordado en un caso interno similar. De hecho, la necesidad de incluir esta condición se puso de

⁷¹⁰ En el mismo sentido cfr. BACHMAIER WINTER, L., “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 25, 2011.

manifiesto por diversos sectores doctrinales durante la negociación de la D/OEI, en ocasiones con ejemplos muy ilustrativos sobre las consecuencias que tendría su no inclusión.

Inglaterra y Gales son los únicos Estados parte del Consejo de Europa que permiten la retención indefinida e ilimitada de muestras de ADN. La mayoría de los Estados miembros tienen restricciones para el acceso a estos datos, bien basadas en las circunstancias del delito o bien en la gravedad del hecho delictivo. Si las autoridades de estos Estados saben que una determinada persona ha sido condenada en Inglaterra o Gales podrían, a través de la OEI, recabar los datos de ADN incluso para un delito menor o para un delito del que no se tienen suficientes indicios de participación de ese sospechoso; todo ello basado en el conocimiento de que la muestra de ADN estará disponible en Inglaterra o Gales. Para evitar esto, es imprescindible introducir en la D/OEI la limitación de que la medida podría haberse dictado en las mismas condiciones en un caso interno similar⁷¹¹.

Entendemos que es muy importante que el legislador español que implemente la D/OEI establezca claramente la necesidad de respetar estas tres condiciones que, por otra parte, enlazan directamente con los principios rectores de medidas que afecten a derechos fundamentales en los términos en que han sido ya definidas por nuestro legislador. Recordemos que, para las medidas del Capítulo IV, Título VIII, Libro II LECrim⁷¹², el legislador español ha plasmado en derecho positivo lo hasta entonces que venían siendo consolidados criterios jurisprudenciales. De este modo, el actual artículo 588 bis a) LECrim, tras la reforma operada por la LO 13/2015, exige que para la adopción de las medidas de investigación reguladas en ese capítulo medie siempre autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. El propio artículo define qué debemos entender por cada uno de estos principios. Así, señala que en aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad sólo podrá acordarse la medida cuando no estén a disposición de la investigación otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultadas sin el recurso a esa medida. Asimismo, estipula que las medidas sólo se considerarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros (proporcionando para esta valoración los siguientes parámetros: la gravedad del hecho, la trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho).

Quedaría por tanto por definir qué debemos entender bajo la condición de *legalidad*. En términos de la OEI, el filtro de legalidad implica en nuestra opinión una doble exigencia:

- Que la medida de investigación esté prevista en la ley española;

⁷¹¹ Este ejemplo es de JUSTICE, “Briefing on the European Investigation Order. For Council and Parliament. August 2010” <http://www.statewatch.org/news/2010/aug/eu-justice-briefing-eio.pdf>

⁷¹² Estas medidas son la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos.

- Que la medida -cuya ejecución es requerida a otro Estado miembro a través de la OEI- pudiera ejecutarse en las mismas condiciones en España, es decir, que esté prevista para ese caso en concreto.

Imaginemos que la autoridad española de emisión quiere acudir a la técnica de las investigaciones encubiertas para que un agente español se infiltre en otro Estado miembro. Si no fuera un caso de delincuencia organizada el Juez de Instrucción no podría acordar esta medida (art. 282 bis LECrim) incluso aunque la legislación del Estado de ejecución no exigiera este condicionante y, en consecuencia, estuviera dispuesto a ejecutarla para un delito en el que no haya organización delictiva. La autoridad judicial española no podría, por tanto, emitir la OEI al amparo del artículo 29 D/OEI, porque la medida, que desde luego está prevista en nuestra LECrim, no estaría disponible en ese caso concreto, no podría ser adoptada en España en un caso interno similar, con lo que se vulneraría la condición del artículo 6.1.b D/OEI.

2.4 Revisión de las condiciones de emisión de la OEI por la autoridad de ejecución

La concurrencia de estas condiciones sólo puede evaluarse por la autoridad de emisión individualizadamente para cada caso (art. 6.2 D/OEI), referencia que, como apuntamos antes, incluye también a la autoridad del Estado de emisión que lleve a cabo el procedimiento de validación (considerando 11 y art. 2.c.ii D/OEI). Por tanto, la apreciación de las condiciones corresponderá a la autoridad judicial española cuando la emisión se realice en nuestro país, sin que sea previsible que haya validación alguna si, como propugnamos, únicamente jueces y fiscales son autoridades de emisión.

No obstante, la autoridad de emisión española deberá tener presente que la autoridad de ejecución mantiene cierta facultad de revisión de estas condiciones, que varían sutilmente según la condición de que se trate.

Las condiciones de legalidad y de proporcionalidad (que la medida no exista o que no exista para un caso interno similar) son revisables por la autoridad de ejecución, conforme a los siguientes principios:

- No será posible la revisión en relación con las medidas privilegiadas [sin perjuicio de que para éstas sean aplicables las causas de denegación generales con exclusión de las previstas en el art. 10.1 g) y h) D/OEI].
- La revisión se realiza conforme a los parámetros que facilite su propia legislación (*lex loci*).

La revisión de las condiciones de legalidad y proporcionalidad conllevará las siguientes consecuencias:

- a) La sustitución de la medida: la autoridad de ejecución debe imperativamente sustituir la medida prevista en la OEI si fuera posible recurrir a una medida distinta.
- b) La declaración de imposibilidad de ejecutar la OEI: si no puede llevarse a cabo la sustitución porque la medida concreta recogida en la orden es necesaria -no hay otra que obtenga el mismo resultado- la autoridad de ejecución podrá notificar que resulta imposible ejecutar la OEI (art. 10.5 D/OEI).
- c) La denegación de la ejecución de la OEI, pues para el caso de que esta sustitución no sea posible, podrá denegar la ejecución si:

- El hecho no es delictivo en el Estado de ejecución [art. 11.1.g) D/OEI, salvo que la conducta esté exenta del control de doble tipificación].
- La medida sólo está disponible para una concreta lista o categoría de delitos o para delitos castigados por encima de un determinado umbral punitivo, criterios que no satisface el delito a que se refiere la OEI [art.11.1.h) D/OEI].
- Se emite en procedimientos por infracción de disposiciones legales, si la medida no estuviese autorizada en el Estado de ejecución para un caso similar [art.11.1.c) D/OEI].

En relación con la condición de necesidad, aunque la medida exista en su derecho y esté disponible para un caso similar, si la autoridad de ejecución considera que no es necesaria, puede facultativamente sustituirla por una medida de investigación distinta cuando obtenga el mismo resultado por medios menos invasores de la intimidad (artículo 10.3 D/OEI). Pero no podrá comunicar la imposibilidad de ejecutar la OEI ni podrá denegar la ejecución de la OEI con base en meras razones de necesidad.

El ejercicio de estas facultades de revisión por la autoridad de ejecución la D/OEI prevé dos trámites: el de consulta y el de información.

Las autoridades de emisión y de ejecución pueden intercambiar consultas con carácter previo a que la autoridad de ejecución decida ejercitar estas facultades de revisión que hemos expuesto. La consulta viene regulada en el artículo 6 D/OEI: si la autoridad de ejecución tuviera razones para creer que no se han cumplido las condiciones, podrá consultar a la autoridad de emisión sobre la importancia de la ejecución de la OEI. Esta consulta sólo conlleva una consecuencia jurídica: que la autoridad de emisión pueda retirar la OEI (art. 6.2 y 6.3 D/OEI).

Obsérvese que lo que permite el precepto es una consulta sobre la importancia de ejecutar la OEI (en definitiva, sobre la primera condición, la necesidad de la medida), pero no se menciona la consulta sobre la proporcionalidad o la legalidad de la medida. La autoridad de ejecución, por medio de esta consulta, está poniendo de manifiesto que es probable que acuda a una medida distinta o, en su caso, que deniegue el reconocimiento. Por eso se confiere la oportunidad a la autoridad de emisión de retirar la OEI, pues a esta última puede no convenirle que se acuda a una medida de investigación diferente porque lo así obtenido no sería admisible en su procedimiento o porque considere que de alguna forma con la nueva medida se perjudicaría la investigación.

Distinto a la consulta es el trámite que compete a la autoridad de ejecución consistente en informar sobre su decisión de ejecutar una medida distinta, trámite que se regula en el artículo 10.4 D/OEI. Tras esta información la autoridad de emisión podrá retirar o completar la OEI (art. 10.4 D/OEI).

La legislación española de implementación deberá contemplar, en consecuencia, qué trámite debe seguir la autoridad judicial española de emisión cuando reciba esta consulta o esta información por parte de la autoridad de ejecución. Singularmente, puede preverse un traslado a las partes con carácter previo a que la autoridad española de emisión conteste. Este trámite parece estar especialmente justificado si ha sido la parte la que ha solicitado la emisión de la OEI, por lo que entendemos que, al menos en estos casos, así lo debería prever expresamente el texto legal. En cualquier caso, el traslado al fiscal nos parece en todo caso muy conveniente.

2.5 Procedimiento de emisión de la orden europea de investigación

El concreto procedimiento que precederá a la emisión de la OEI se reserva en la directiva, como es lógico, a la legislación de implementación nacional, pero sí tiene trascendencia alguna particular previsión, que veremos a continuación.

La D/OEI contempla que la emisión de la OEI sea solicitada por la parte sospechosa o acusada o por un abogado en su nombre (art. 1.3 D/OEI). Pero recoge una matización, ubicando esta solicitud “en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional”. Entendemos que con ello se quiere enfatizar que las posibilidades de emisión a instancia de parte deben equiparse a las previstas con carácter general para la solicitud de medidas de investigación en los procedimientos internos. De este modo, si en el procedimiento nacional no puede pedir diligencias de investigación tampoco podrá solicitar la emisión de la OEI. Igualmente, esta mención proyecta sus efectos en relación con el carácter vinculante o no de la solicitud. Si en el procedimiento penal nacional la solicitud de diligencias de investigación no es vinculante, tampoco lo será en relación con la emisión de la OEI.

También es digno de resaltar que al utilizar esta terminología (sospechoso o acusado) parece excluir la instancia de parte en los procedimientos administrativos o por infracción de disposiciones legales que no constituyan delito, pues en estos casos no existirá como tal un sospechoso o acusado. No obstante, como ya hemos adelantado, no es previsible que en España se pueda emitir la OEI en estos procedimientos administrativos.

BACHMAIER destaca el avance que supone que se haya regulado expresamente que la emisión de la OEI pueda ser solicitada por la defensa para obtener pruebas exculpatórias pero considera que no es suficiente para equilibrar la desigualdad entre las partes, por un lado porque la decisión sobre la necesidad o proporcionalidad sigue residenciada en la autoridad de emisión y por otro porque el mero planteamiento de la solicitud implica descubrir la estrategia defensiva del imputado en una fase inicial del procedimiento⁷¹³.

En lo que a España se refiere, con ocasión del EEP el legislador español ya otorgó a la parte la facultad de instar su emisión (art. 191.1 LRM). Con más motivo, ante la previsión específica de la D/OEI sobre este particular, en la futura implementación española de la directiva deberá recogerse también. Pero entendemos que no debe hacerlo en los términos literales de la D/OEI dado que, como hemos visto, se refiere sólo al sospechoso o acusado. En lo que a nuestro derecho se refiere no puede obviarse la posibilidad de que también lo solicite quien ejerce la acusación particular o popular y entendemos que la fórmula que se utilice debe dejar clara esta posibilidad, garantizando así la igualdad de partes y la equidad del proceso.

Cuestión distinta es si pueden recogerse en nuestra legislación requisitos adicionales que deban acompañar a esta solicitud de emisión de la OEI, como se contempla para la EEP. Recordemos que el artículo 191.1 II LRM exige que si es la parte la que insta la emisión del exhorto al hacerlo justifique, documentalmente o por cualquier otro medio, la existencia del objeto, documento o dato y que se encuentra en el territorio del Estado de ejecución. Entendemos que estos requisitos adicionales, que no se exigen en la solicitud de diligencias de investigación en procedimientos nacionales internos, podrían ir contra la previsión de que la solicitud se enmarque en los derechos de defensa

⁷¹³ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41...” cit.

aplicables *de conformidad con el procedimiento penal nacional*, pues estarían añadiendo unas exigencias adicionales para la solicitud de emisión de OEI que no existen en el marco nacional para diligencias internas. A fin de evitar una posible implementación defectuosa entendemos preferible que esta previsión del EEP no se traslade a la solicitud de la parte de que sea emitida una OEI.

Sobre el procedimiento español de emisión de la OEI, además de la necesidad de que se recoja con claridad que deben cumplirse las condiciones de emisión exigidas en el artículo 6 D/OEI y que esta valoración corresponde a la autoridad judicial española de emisión, entendemos, en línea con lo ya desarrollado con ocasión del estudio del EEP, que sería recomendable que se contemplara un trámite que confiriera audiencia a las partes con carácter previo a la emisión (sin perjuicio, lógicamente, de que si están declaradas secretas las actuaciones este traslado sólo lo evacue el Ministerio Fiscal).

Este trámite previo reviste varias utilidades. Permite oír a las partes sobre la satisfacción de las condiciones de necesidad, proporcionalidad y legalidad, evitando ulteriores recursos si existe discrepancia sobre la concurrencia o no de estos requisitos. Propicia su participación activa en la obtención de prueba, porque pueden realizar aportaciones que redunden en una mayor equidad del proceso (por ejemplo, facilitando un pliego de preguntas que deban formularse al testigo o perito que deponga en el otro Estado miembro). Y resulta clave para que puedan pronunciarse sobre los concretos procedimientos y formalidades que deben recogerse en la OEI para su respeto por la autoridad de ejecución.

La decisión que acuerde la medida de investigación puede haberse adoptado con anterioridad en el proceso penal, en el correspondiente auto. Pero también puede adoptarse simultáneamente a la emisión de la OEI, cuando desde el primer momento se evidencie que esa diligencia de investigación sólo podrá realizarse en otro Estado miembro. En cualquier caso, la decisión de transmitir esta decisión judicial acordando una medida de investigación a otro Estado miembro para su ejecución allí y hacerlo a través de una OEI (en lugar de, por ejemplo, a través de una comisión rogatoria) en todo caso debe revestir la forma de auto -de decreto, si es un fiscal el emisor-.

En el auto (o decreto) deberá justificarse que se cumplen las condiciones de emisión de la OEI, que es posible su transmisión a un concreto Estado miembro y deberá contener explicación justificativa de cualquier procedimiento o formalidad cuyo respeto se insta a la autoridad de ejecución al amparo de lo previsto en el artículo 9.2 D/OEI.

De especial trascendencia resulta la determinación de estos procedimientos y formalidades, pues de ellos puede depender la admisibilidad en el proceso español de la prueba que se recabe.

En sede de EEP dice el artículo 191.3 LRM que “sólo cabrá reseñar como formalidades o procedimientos específicos aquellos cuya vulneración afecte a las garantías esenciales del procedimiento por afectar a derechos fundamentales”. Nos parece que es posible trasladar una previsión de este tipo a la legislación española de implementación de la D/OEI, de modo que quede a criterio de cada autoridad judicial emisora la concreta determinación de qué procedimientos o trámites tienen estas consecuencias.

Ahora bien, desde el momento en que la D/OEI regula con detalle como cooperarán las autoridades de emisión y de ejecución en relación con ciertas medidas específicas de investigación, podría resultar conveniente que el legislador español adelantase al texto

legal algunas de las condiciones que, en relación con éstas, las autoridades judiciales españolas deberán pedir en todo caso o al menos que lo hiciera por remisión expresa a los artículos correspondientes de la LECrim⁷¹⁴. Volveremos sobre estos requisitos extensamente en el último de los capítulos, que viene dedicado precisamente a la eventual inadmisibilidad en España de la prueba recabada en otro Estado por no haber respetado los trámites esenciales que permiten en nuestro ordenamiento jurídico dicha obtención con respeto a los derechos fundamentales.

Otras cuestiones a las que el auto podrá prestar atención hacen referencia a la inclusión de exigencias especiales, como que se solicite que se ejecute la OEI en un plazo más breve, explicando los motivos.

El auto de emisión de la OEI deberá ser recurrible conforme a la regla general del artículo 13.1 LRM aunque sería recomendable que la literalidad de este precepto fuera corregida para no dejar margen de interpretación al hecho de que también es posible el recurso frente a la decisión judicial de no emitir el instrumento de reconocimiento mutuo (tal y como viene ahora redactado, al referirse únicamente a recursos contra resoluciones que acuerden la transmisión del instrumento, parece dejar fuera los casos en los que, tras haber sido instados por cualquiera de las partes, se deniega su emisión). Por otra parte, si la OEI se emite en unas diligencias de investigación de fiscalía el decreto no sería recurrible, *ex* artículo 13.4 LRM.

2.6 Documentación de la orden europea de investigación

Al igual que ocurre con el resto de instrumentos de reconocimiento mutuo, la OEI exige que se documente en el formulario establecido en un anexo de la directiva, el anexo A⁷¹⁵.

El artículo 5.1 D/OEI hace obligatorio el formulario, exigiendo que el mismo sea firmado y las informaciones que se contengan se certifiquen como exactas y correctas por la autoridad de emisión. Es importante destacar que este formulario será el único documento que se transmita, sin que sea necesario que vaya acompañado de la resolución judicial dictada en el procedimiento español. La LRM deberá añadir esta circunstancia a la excepción recogida en el artículo 7.1 párrafo segundo LRM para la OEDE, el EEP y la OEP.

⁷¹⁴ Dejar a criterio de cada autoridad de emisión la selección de las formalidades o procedimientos que entiende son esenciales para que la prueba se recabe sin afectar a derechos fundamentales puede dar lugar a un elenco inmenso de posibilidades, de modo que cada autoridad nacional, aun perteneciendo a un mismo Estado miembro, considere esencial unas u otras formalidades. Parece más acertado, en este sentido, que sea la legislación de implementación de cada Estado miembro la que, para cada categoría de actividad que en un momento pudiera resultar necesaria, detalle qué formalidades debe instarse a que sean cumplidas por la autoridad de ejecución. Con ello se obtendría cierta uniformidad en las garantías exigidas por cada Estado miembro de emisión para cada tipología de medida, y en consecuencia, los Estados de ejecución podrían habilitar mecanismos para dar respuesta a estas peticiones sin tener que improvisarlos en cada caso concreto. A su vez, la notificación al Consejo y a la Comisión de las formalidades o garantías que en cada caso se requieren permitiría a la Unión Europea tener una visión panorámica general de los procedimientos de investigación en los Estados miembros, facilitando una ulterior – aunque quizás utópica – armonización legislativa en este área, al menos en los aspectos esenciales de cada diligencia. Hacerlo, en nuestra opinión, resultaría crucial para facilitar instituciones como la fiscalía europea.

⁷¹⁵ Previsiblemente será incorporado a la LRM como anexo XIV.

Por su parte, el artículo 8 D/OEI regula los supuestos en los que una OEI es complementaria de otra anterior, exigiendo que se indique expresamente en la sección D del citado anexo A.

El examen pormenorizado del anexo A hace que reparemos con cierto detenimiento los siguientes apartados:

- La confidencialidad de la ejecución no debe pedirse expresamente, está implícita en el formulario, que comienza haciendo alusión al carácter confidencial de las actuaciones.
- La sección A identifica a los Estados de emisión y de ejecución pero no hay una casilla o sección específica para indicar la concreta autoridad de ejecución a la que se remite la OEI, cuestión que entendemos hubiera sido necesario al establecerse la regla de comunicación directa entre autoridades judiciales. La de emisión, sin embargo, sí se identifica en la casilla K (y la de validación en la casilla L, refiriéndose la versión española a autoridad que haya legitimado la OEI, cuando hubiera sido deseable que mantuviera la terminología de validación para evitar confusiones).
- La sección F contiene la descripción de los tipos de procedimientos para los cuales puede emitirse la OEI. Apreciamos un error de traducción en la casilla c), que indebidamente habla de hechos delictivos cuando se trata realmente de infracciones de disposiciones legales, creando con esto una confusión con la casilla a). Esto puede tener sus consecuencias prácticas, por el juego de las causas de denegación y entendemos que el legislador español de implementación debiera corregir lo que claramente es un error de traducción de modo que la casilla c) se recoja en el certificado en los términos literales del apartado c) del artículo 4 D/OEI (la versión inglesa no tiene este error).
- La sección J obliga a las autoridades de emisión a indicar si se ha interpuesto algún recurso frente a la emisión de la OEI y, de ser así, deberán indicarse los datos adicionales. Si la autoridad española de emisión fuera la fiscalía consideramos que lo procedente no es indicar que no se ha interpuesto recurso, sino que no es posible interponerlo, que evidentemente no es lo mismo en términos de defensa. Se dice esto porque, al ejercitar las facultades de revisión, la autoridad de ejecución puede tener en cuenta no el hecho de que la parte no haya cuestionado la concurrencia o no de las condiciones de la emisión de la OEI por la fiscalía, sino la circunstancia de que no ha tenido posibilidad legal alguna de cuestionarlas al no haber recurso en este caso.

El formulario del anexo A no es el único que podrá tener que utilizar la autoridad de emisión. Cuando las autoridades judiciales españolas lleven a cabo una intervención telefónica sin asistencia técnica de otro Estado, de conformidad con el artículo 31 D/OEI deberán notificar esta intervención en el formulario previsto como anexo C en la D/OEI⁷¹⁶.

En cuanto al idioma, la autoridad española de emisión deberá acordar la traducción del certificado emitido en una de las lenguas oficiales de España al idioma aceptado por el Estado de ejecución.

Sobre el idioma hay una importante novedad en la D/OEI que establece literalmente que “cada Estado miembro indicará cuál o cuáles de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea además de la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de que se trate podrá utilizarse para cumplimentar o traducir la OEI cuando el Estado miembro de que se trate sea el Estado de ejecución” (art. 5.2 D/OEI). Varias son las

⁷¹⁶ Previsiblemente será incorporado a la LRM como anexo XV.

cuestiones interpretables que presenta este artículo. Podemos entender que la novedad está en el término “además” porque implica que en todo caso una o varias de las lenguas oficiales de las instituciones de la UE deberán ser admitidas por todos los Estados miembros, pues la determinación de “cuál o cuáles” de esas lenguas aceptará nos parece que implica la elección de al menos una⁷¹⁷. Pero otra dificultad viene dada para entender a qué se refiere con “lenguas oficiales de las instituciones de la UE”. Lenguas oficiales *de la UE* son 24, pero el precepto se refiere a lenguas *de las instituciones* de la UE. Si se estuviera refiriendo con ello a las lenguas de trabajo de las instituciones de la UE se circunscribiría al inglés y al francés. Que necesariamente se admita inglés o francés supondría una importante simplificación de la traducción, pues en ocasiones puede constituir una dificultad añadida al proceso de emisión el disponer de traducciones rápidas a idiomas no frecuentes en España (como el croata, el eslovaco o el griego, por citar algún ejemplo). En cualquier caso, nos inclinamos por considerar que la referencia a las lenguas oficiales alude a cualquiera de las 24 de la UE y no necesariamente a las lenguas de trabajo de las instituciones.

2.7 Transmisión

De manera coincidente con el resto de instrumentos de reconocimiento mutuo, prevé la directiva que la OEI se pueda transmitir por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado de ejecución establecer su autenticidad (art. 7.1 D/OEI). Específicamente se señala que la autoridad de emisión podrá transmitir las órdenes europeas de investigación utilizando el sistema de telecomunicaciones de la Red Judicial Europea como se establece en la Decisión 98/428/JAI del Consejo (art. 7.4 D/OEI). No es sino fruto de una deficiente técnica legislativa que la D/OEI cite en su articulado esta norma como *Decisión*, cuando realmente fue una Acción común (se cita correctamente en la nota a pie de página de la D/OEI) y que lo haga a pesar de que se trate de una norma derogada al tiempo de la promulgación de la D/OEI, pues recordemos que la citada Acción común quedó derogada por la Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea, siendo concretamente su artículo 9.2 el precepto vigente regulador del sistema de telecomunicaciones seguro aludido en el texto de la directiva.

Reitera la D/OEI la necesidad de garantizar las comunicaciones directas. Así se señala en el artículo 7.2 D/OEI cuando reza que la comunicación oficial adicional se hará directamente entre la autoridad de emisión y la autoridad de ejecución y el artículo 7.7 D/OEI de ese mismo artículo, al señalar que cualquier dificultad que surja en relación con la transmisión o autenticidad de algún documento necesario para la ejecución de la

⁷¹⁷ La versión inglesa de la directiva nos permite comprobar que efectivamente se ha querido por el legislador europeo que en todo caso pueda mandarse la OEI en otro idioma diferente al oficial de ese Estado miembro: “Each Member State shall indicate the language(s) which, among the official languages of the institutions of the Union and *in addition to* the official language(s) of the Member State concerned, may be used for completing or translating the EIO when the Member State concerned is the executing State” (la cursiva es nuestra). Si comparamos este precepto con lo recogido en otros instrumentos de reconocimiento mutuo a diferencia es patente. Así, el artículo 8.2 DM/OEDE establece que “La orden de detención europea deberá traducirse a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución. Todo Estado miembro *podrá*, en el momento de la adopción de la presente Decisión marco o en una fecha posterior, manifestar en una declaración depositada en la Secretaría General del Consejo que aceptará una traducción en una o varias de las lenguas oficiales de las instituciones de las Comunidades Europeas”. Por tanto, la declaración en la OEDE era facultativa, en la OEI es imperativa.

OEI se tratará mediante consultas directas entre la autoridad de emisión y la autoridad de ejecución interesadas.

No obstante, como aludimos con ocasión de la designación de autoridades, también está previsto un papel para las autoridades centrales si el Estado miembro de que se trate opta por designar autoridades que tengan este carácter. Así lo prevé el artículo 7.3 D/OEI, que señala que cada Estado puede designar una o varias autoridades centrales para asistir a las autoridades competentes. Entre sus funciones se regula expresamente la posibilidad de que se les asigne la función de transmisión y recepción administrativa de la OEI y de su correspondencia oficial. En este sentido, el artículo 7.7 D/OEI prevé que las dificultades se solventen mediante la intervención de la autoridad central en aquellos Estados miembros que hayan optado por contar con esta figura.

En caso de no conocer la identidad de la autoridad de ejecución, la autoridad de emisión realizará las averiguaciones necesarias, incluso a través de los puntos de contacto de la Red Judicial Europea (art. 7.5 D/OEI).

Es sin embargo sorprendente que no se mencione la posibilidad de solicitar asistencia a Eurojust cuando se den los requisitos necesarios para que este órgano de la Unión Europea pueda intervenir (significativamente, que se trate de un supuesto en el que se remiten a tres o más Estados miembros las respectivas OEI y se trate de delincuencia organizada grave, en los términos previstos en la Decisión Eurojust). Ciertamente es que el considerando 13 menciona la posibilidad de transmitir la OEI a través del canal de Eurojust, pero esta previsión no tiene luego traslado al texto articulado y es citada en el propio considerando a título meramente ejemplificativo. De hecho, en las aportaciones que se hicieron desde Eurojust en relación con la propuesta de D/OEI se puso de manifiesto que Eurojust podía jugar un papel en asistir a las autoridades en la emisión, transmisión y ejecución de las órdenes europeas de investigación, siempre dentro de los límites de su mandato, instando a que se incluyera un artículo específico sobre esta cuestión, pretensión que no prosperó⁷¹⁸. De modo que el considerando mencionado es la única alusión a este órgano de la Unión Europea en todo el texto de la D/OEI. Con ello queremos poner de manifiesto que la D/OEI no otorga a Eurojust un papel específico en relación con este nuevo instrumento de reconocimiento mutuo, sin perjuicio de que sean de aplicación también para la OEI las normas generales de actuación de este órgano previstas en la Decisión Eurojust y en la propia Ley 16/2015.

Con la normativa sobre transmisión, que hemos tratado de sintetizar en las líneas precedentes, la D/OEI no resuelve algunas cuestiones que tendrán especial importancia práctica y que hacen referencia a los Estados a los que puede transmitirse la OEI.

La premisa para el análisis de esta cuestión debe ser que la transmisión sólo puede tener lugar al Estado de ejecución, entendido como aquel en el que la medida se llevará a cabo, pues lamentablemente no hay previsto para la OEI un sistema que permita su transmisión a todo el espacio europeo (como el sistema SIS para la OEDE).

La duda que puede surgir es si es posible la transmisión simultánea a varios Estados de ejecución porque se desconozca cuál de ellos podrá ejecutar la medida.

Imaginemos, por ejemplo, que debe practicarse una entrada y registro en un barco que se encuentra navegando por la costa mediterránea y que, en el momento de emisión de la OEI, se desconoce si atracará en España, en Francia o en Italia. En

⁷¹⁸ Documento 6814/11 de 4 de marzo de 2011.

este caso parece lógico pensar que la autoridad española emitirá dos órdenes europeas de investigación diferentes y que cada una la transmitirá al Estado miembro que pueda estar llamado a ejecutarla, Francia o Italia. Se trataría de órdenes europeas de investigación separadas pero de idéntico contenido (salvo en lo que a la autoridad destinataria se refiere).

También pudiera darse el caso de que la actuación de los Estados se requiera que sea simultánea, con cierta coordinación. No resuelve la D/OEI si en este tipo de casos la autoridad de emisión deberá emitir dos órdenes europeas de investigación diferentes o una sola para ambos Estados miembros. Nos inclinamos a la primera opción, dos órdenes, porque en el propio formulario sólo se contempla un Estado de ejecución, sin que en el mismo se facilite opción a incluir más de un Estado que tenga esta condición.

Sería el caso, por ejemplo, de que el agente encubierto español tenga que infiltrarse en una organización asentada en la zona fronteriza entre Bélgica y Países Bajos, siendo previsible que continuamente existan desplazamientos de la organización por el territorio de ambos Estados y que por tanto el encubierto tenga que desplazarse y actuar en ambos Estados miembros.

Encontramos en el formulario del anexo A una referencia a que se haya emitido una OEI a otro Estado miembro para el mismo caso (casilla D *in fine*). La alusión a que se haya emitido “ya” parece dar lugar a pensar en transmisión sucesiva, no simultánea, pero sin duda será esta la modalidad que deberá escogerse si se opta por la simultaneidad.

Los ejemplos ilustran, a nuestro juicio, que la D/OEI debería haber perfilado con mayor precisión las circunstancias de transmisión de la OEI cuando haya más de un Estado de ejecución implicado. También que debería haberse hecho una referencia normativa al papel que Eurojust puede desempeñar en la coordinación de la ejecución de las medidas de investigación contempladas en estas órdenes.

A su vez, abogamos porque el legislador español, cuando trasponga en España la D/OEI - y de modo similar a la opción escogida al implementar el EEP- precise la posibilidad de esta transmisión sucesiva o simultánea a varios Estados de ejecución, pues hacerlo redundará en simplificar la comprensión del instrumento para los operadores jurídicos.

2.8 Principio de especialidad en la utilización de las pruebas obtenidas a través de la OEI

La D/OEI regula esta cuestión al hilo de la confidencialidad, lo que desde el punto de vista de la sistemática de la norma consideramos que podría haber sido reconsiderado. Es importante destacar que se regula al margen de la protección de datos, a diferencia de lo que ocurría en la DM/EEP, lo que supone una mejor técnica legislativa.

En la D/OEI es concretamente el artículo 19.3 D/OEI el que exige a la autoridad de emisión que utilice sólo para la investigación o procedimiento descrito en la OEI cualquier prueba o información que hubiera sido facilitada por la autoridad de ejecución. Esta prohibición de utilización en otro procedimiento, que no es sino consagrar el principio de especialidad para la prueba obtenida a través de la OEI, tiene una excepción que exige dos requisitos: que la autoridad de ejecución no se oponga y que hacerlo sea conforme con el derecho interno del Estado de emisión. Creemos que este último sería el caso de España, dado que en nuestra legislación está permitida la utilización en otro proceso penal de los datos obtenidos con una medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales. Así lo establece expresamente, tras

la LO 13/2015, el artículo 579 bis LECrim en relación con la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica, al estipular que el resultado de esta medida de investigación podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal. Y este mismo régimen es extendido en el artículo 588 bis i) LECrim a las medidas de investigación reguladas en el Capítulo IV, Título VIII, Libro II LECrim.

Por tanto, restaría únicamente que la autoridad de ejecución no objete nada a esta utilización para otros procedimientos españoles de la información obtenida con ocasión de la ejecución de la OEI en su Estado. El artículo 19.3 D/OEI literalmente dice “a menos que la autoridad de ejecución haya indicado lo contrario”, lo que parece establecer una presunción *iuris tantum* de que la autorización existe salvo que se indique lo contrario. Eso sería coherente con el certificado, donde no encontramos una casilla específica destinada a solicitar una autorización expresa que permita su utilización en otros procedimientos. En cualquier caso, consideramos que el legislador español al implementar la D/OEI debiera tener presente esta materia para, o bien instar a la autoridad judicial española a que revise si ha existido o no oposición por parte de la autoridad de ejecución, o bien para que solicite en todo caso autorización de manera específica cuando sea necesario utilizarlo en otro procedimiento.

3. RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRA LA EMISIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA Y DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

El régimen de recursos contra la emisión del EEP y de la OEI presenta notables semejanzas en la normativa europea, hasta el punto que es recomendable su análisis conjunto, que permitirá, por otra parte, destacar las diferencias -de entidad menor- existentes entre una y otra regulación.

La DM/EEP y la D/OEI regulan los recursos mediante un artículo (art. 18 DM/EEP y 14 D/OEI) ubicado dentro de la normativa relativa a los procedimientos y salvaguardias para el Estado de ejecución. Por su ubicación sistemática, por tanto, pareciera que en estos preceptos se regulan sólo los recursos que caben contra las decisiones de la autoridad de ejecución. A pesar de que principalmente sea así, también dedican su atención a los recursos que pueden interponerse ante la autoridad de emisión y por eso traemos ahora a colación estos preceptos. Sin duda una mejor técnica legislativa hubiera recomendado incluir en el apartado dedicado a las actuaciones en el Estado de emisión todo lo relativo a las facultades de impugnación que deban ventilarse ante las autoridades emisoras, lo que hubiera facilitado la claridad de la norma y su correlativa trasposición en las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

Al margen de esta cuestión de sistemática, los recursos que cabe interponer ante el Estado de emisión presentan dos características comunes en ambos instrumentos que hacen referencia a su disponibilidad y a las materias sobre las que versará.

a) Disponibilidad de los recursos

El principio rector en esta materia es la equivalencia con la legislación nacional. De este modo, el Estado de emisión sólo debe garantizar que para el EEP y la OEI estén disponibles los recursos que puedan interponerse en una acción interna comparable (art. 18.2 in fine DM/EEP - art. 14.1 D/OEI), que se apliquen sus plazos de un modo que no haga inefectivo el derecho al recurso (art. 18.3 DM/EEP - art. 14.4 D/OEI) y que la

autoridad de emisión facilite su ejercicio proporcionando la información pertinente y adecuada a las partes interesadas (art. 18.5 DM/EEP - art. 14.3 D/OEI).

Por tanto, ni en la DM/EEP ni en la D/OEI se constituye un derecho autónomo a recurrir la emisión ante las autoridades del Estado de emisión. La existencia de ese derecho dependerá de lo previsto en la legislación nacional para casos similares. Por esto, de conformidad con la legislación española de implementación del EEP, si la autoridad de emisión del mismo es un fiscal (ex artículo 188.1 LRM) contra la emisión no cabrá recurso alguno, como expresamente señala el artículo 13.4 LRM. E idéntico régimen previsiblemente se aplicará cuando el fiscal emita la OEI en aquellos casos limitados en que, en equivalencia con su competencia nacional, podría hacerlo.

Durante el proceso de elaboración normativa de la DM/EEP las delegaciones debatieron sobre si el recurso ante el Estado de emisión debiera estar previsto en todo caso en las legislaciones nacionales para permitir que se pudieran rebatir los motivos de fondo de la emisión del exhorto. Mientras que algunos opinaban que el texto debería contener una obligación explícita de establecer un recurso de esta naturaleza ante el Estado de emisión (postura apoyada por Luxemburgo, Dinamarca, Alemania, Italia y la Comisión), otros eran de la opinión de que si se recurrían los motivos de fondo para emitir el exhorto lo que se recurría no era el exhorto en sí, sino la resolución nacional que subyacía, y, por tanto, era una cuestión de derecho interno que no debería ser armonizada, sino dejada a discreción de los Estados miembros, como se había hecho en otros instrumentos de reconocimiento mutuo (Austria, Países Bajos y República Checa)⁷¹⁹. Francia, España, Bélgica y Portugal, entre otros, propusieron la solución basada en el principio de asimilación a la legislación nacional, de modo que sólo fuera posible recurrir cuando el recurso estuviera previsto en la legislación nacional interna para casos similares⁷²⁰, que fue el criterio finalmente aprobado.

Es importante destacar que en la DM/EEP se puntualiza que el acceso al recurso en los términos que prevea la legislación nacional corresponde también a cualquier persona interesada, incluidos terceros de buena fe, para proteger sus intereses legítimos. Esta referencia, sin embargo, se omite en la D/OEI, que no se pronuncia sobre si la equiparación a los casos nacionales debe extenderse sólo al afectado por la ejecución de la OEI o si también a cualquier persona interesada.

Detengámonos ahora en el momento procesal en el que cabe interponer el recurso ante el Estado de emisión y si esto debía ser abordado en la propia normativa europea. Podría pensarse que el recurso sólo debe poder interponerse una vez que el exhorto o la orden hayan sido ejecutadas (como sostuvieron algunos Estados miembros en las negociaciones de la DM/EEP, precisamente para evitar que deviniera inútil⁷²¹). Que también sea la legislación nacional la que determine esta cuestión fue la opción finalmente acogida en la DM/EEP y en la D/OEI al no regular estas normas un momento procesal concreto en el que interponer el recurso ante la autoridad de emisión. Nos parece que esta indeterminación puede vulnerar la exigencia de que el recurso de que dispongan las partes sea un recurso efectivo (término éste utilizado expresamente por los arts. 18.3 DM/EEP - art.14.3 D/OEI) pues si la legislación del Estado de emisión difiere el recurso a cuando la OEI o el EEP ya han sido ejecutados puede haber más posibilidades de que el recurso pierda efectividad.

⁷¹⁹ Documento 13314/05 de 14 de octubre de 2005.

⁷²⁰ Documento 13776/05 de 27 de octubre de 2005.

⁷²¹ Documento 14246/05 de 11 de noviembre de 2005.

Relacionada con la efectividad del recurso está también la previsión de la D/OEI sobre la confidencialidad de las actuaciones. El primer inciso del artículo 14.3 D/OEI recoge una excepción a la regla general de que las autoridades de emisión deben dar información sobre el recurso de que pueden disponer las partes. Esta excepción consiste en dispensar de hacerlo si de otro modo se afectase la confidencialidad de la investigación. Dada las características de la OEI es lógico y de extraordinaria utilidad que se recogiera en la D/OEI esta posibilidad de que las actuaciones se mantengan secretas y que por tanto no se facilite información sobre los recursos disponibles, pues de otro modo podría darse al traste con toda la investigación de la que trae causa la emisión de la orden. Pero necesariamente tiene que ponerse en relación con la efectividad del recurso. De modo que, al hilo de lo que decíamos antes, de estar secreta la causa en la que se emite la D/OEI, consideramos que el mandato del artículo 14.3 D/OEI obliga a entender que al tiempo de alzar el secreto, se puede recurrir y debe garantizarse que el desenlace del recurso pueda surtir algún efecto en relación con la prueba obtenida a través de la OEI.

b) Materias recurribles

La segunda característica común del régimen de recursos es que tanto el artículo 18.2 DM/EEP como el artículo 14.2 D/OEI distinguen entre aquellas materias que pueden ser objeto de recurso ante la autoridad de ejecución -las decisiones relativas al reconocimiento y la ejecución- de aquellas otras que pueden serlo ante la autoridad de emisión -específicamente, los motivos de fondo por los que se haya expedido el EEP o la OEI, incluido el respeto de las condiciones que permiten su emisión-.

Como la valoración de si concurren las condiciones de emisión corresponde a la autoridad de emisión (art. 7 *in fine* DM/EEP, que añade “exclusivamente” y art. 6.2 D/OEI, que dice “en cada caso”) es coherente que los recursos que versen sobre este aspecto se atribuyan únicamente a las autoridades de emisión.

Puede generar cierta dificultad interpretativa dilucidar si dentro de la mención a “los motivos de fondo” por los que se ha expedido el EEP o la OEI cabe recurrir cuestiones diferentes a las condiciones de emisión. Entendemos que puede permitir recurrir también el tipo de procedimiento en el que se emite; en el caso concreto del EEP, si lo pretendido tiene cabida en el ámbito de este instrumento; si lo hace una autoridad competente y si se ha seguido el trámite procesal estipulado en la correspondiente legislación de implementación, por citar sólo algunos ejemplos. Por su parte, el legislador español al implementar el EEP se limita a abordar esta cuestión en parte general, indicando en el artículo 13 LRM que caben los recursos generales previstos en la LECrim, sin explicitar los motivos en los que puede basarse el recurso. Entendemos pues que éstos permanecen abiertos y que permiten la alegación de todas las cuestiones relativas a la emisión que el recurrente considere infringidas.

Que los motivos de fondo sólo sean recurribles en el Estado de emisión no fue cuestión pacífica durante la negociación de la DM/EEP, pues Alemania insistía en que debería permitirse que los motivos de fondo fueran recurridos también ante el Estado de ejecución, permitiendo así una protección más eficaz de los derechos de los ciudadanos de éste último⁷²². Y esta posición alemana, por mucho que pueda entenderse contraria al reconocimiento mutuo, cobra todo su sentido partiendo del hecho de que, en ocasiones, las legislaciones nacionales no contemplan recursos contra la emisión, por lo que no hay

⁷²² Documento 14246/05 de 11 de noviembre de 2005.

un mecanismo efectivo para alegar el incumplimiento de las condiciones que posibilitan la emisión del EEP. Como hemos expuesto, es el caso español cuando la autoridad emisora es el fiscal. Al no estar previsto recurso en España, las condiciones de emisión deberían poder ser impugnadas, al menos, en el Estado de ejecución. Entendemos, en este sentido, que la previsión del artículo 13.4 LRM de que la valoración del EEP se realice posteriormente en el correspondiente procedimiento penal, de conformidad con lo previsto en la LECrim, no es suficiente. Toda la prueba recabada durante la instrucción será sometida a valoración durante el plenario, pero ello no es obstáculo para que pueda evitarse su obtención si, al emitir el EEP, se han vulnerado los requisitos legales exigidos para emitir este instrumento de reconocimiento mutuo. Y esto sólo puede evitarse arbitrando mecanismos tempranos de impugnación, bien en el Estado de emisión o, en su defecto, en el Estado de ejecución.

En el caso de la D/OEI, su artículo 14.2 mantiene la previsión de que los motivos de fondo únicamente puedan ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado de emisión. A continuación, eso sí, añade la salvedad “sin perjuicio de las garantías de los derechos fundamentales en el Estado de ejecución”. Es una cláusula novedosa que puede dar cierto margen a otras interpretaciones, pues puede propiciar que si la autoridad de ejecución entiende que no se han respetado las condiciones de necesidad, proporcionalidad y legalidad en la emisión de la OEI pueda aceptar alegaciones de fondo sobre estos particulares en protección de los derechos fundamentales del afectado por la medida que, a fin de cuentas, debe ejecutarse en el Estado de ejecución. Y esta interpretación entendemos que es más probable que sea realizada precisamente en aquellos casos en los que la legislación del Estado de emisión no confiera recurso alguno contra la emisión de la OEI (como previsiblemente será la legislación española de implementación de la D/OEI en los emitidos por la fiscalía).

c) Obligación de información

Echamos en falta en la DM/EEP una previsión relativa a que los recursos interpuestos ante la autoridad de emisión sean puestos en conocimiento de la autoridad de ejecución (a efectos, por ejemplo, de que ésta suspenda el traslado de los objetos incautados). El legislador español sin embargo sí ha previsto con carácter genérico la obligación de la autoridad española de emisión de comunicar a la autoridad de ejecución la interposición de un recurso, pues así expresamente lo regula con carácter general el artículo 13.2 LRM.

La obligación de información sí viene regulada en sentido inverso, cuando el recurso se interpone ante la autoridad de ejecución (art. 18.4 DM/EEP), que incluso permite la posibilidad de que la autoridad de emisión formule alegaciones. Este trámite para alegaciones a la autoridad emisora viene deficientemente implementado en la LRM pues sí se prevé a través del artículo 193 LRM cuando la autoridad española sea autoridad de emisión pero no cuando la autoridad de emisión sea de otro Estado miembro y España actúe Estado de ejecución. JIMÉNEZ CRESPO aboga por conferirle en todo caso, al entender que el recurso puede referirse a extremos que son mejor conocidos por la autoridad que emitió el exhorto⁷²³. A esa misma conclusión llegamos nosotros no sólo por las razones apuntadas, sino por la necesidad de interpretar la LRM de conformidad con la DM/EEP *ex* artículo 4.3 LRM.

⁷²³ Cfr. JIMENEZ CRESPO, L.M., “Cuestiones prácticas del título X..”, cit.

Esta carencia de la DM/EEP queda subsanada en la D/OEI, al contemplar su artículo 14.5 expresamente que las autoridades de emisión y de ejecución se informarán mutuamente sobre los recursos interpuestos contra la emisión, reconocimiento o ejecución de la OEI.

Es más, el considerando 22 D/OEI destaca que en los casos en que la parte interesada plantee objeciones contra la OEI en el Estado de ejecución aduciendo motivos de fondo en relación con la emisión de la OEI es aconsejable que la información sobre esta impugnación se transmita a la autoridad de emisión y que se informe de ello - entendemos que del traslado de esta información - a la parte interesada, que fue la que formuló las objeciones.

d) Consecuencias del recurso

En relación a cómo inciden los recursos en el traslado de los objetos, documentos o datos obtenidos mediante el exhorto, el artículo 18.6 DM/EEP prevé que el Estado de ejecución pueda suspenderlo en espera de la resolución del recurso, sin que se explicita si se refiere sólo a los recursos interpuestos en el Estado de ejecución (en el que se puede recurrir, por ejemplo, la adopción de medidas coercitivas para incautar el objeto) o si también hace referencia a los del Estado de emisión (por ejemplo sobre la concurrencia de las condiciones para emitir el EEP). Somos partidarios de entender que esta previsión (que abarca sólo el traslado, no la incautación en sí, sin duda para no hacer peligrar el éxito del exhorto) es aplicable a ambos supuestos, de modo que la autoridad de emisión deberá comunicar a la de ejecución que el recurso se ha interpuesto a efectos de una posible suspensión del traslado. Ello parece lo más acorde a la economía procesal, en aras de evitar costosos traslados que puedan devenir inútiles si el recurso se estimara.

Finalmente, la novedad más importante en materia de recursos en la D/OEI es la que se recoge en el artículo 14.7 cuando señala que la impugnación que prospere contra el reconocimiento o la ejecución de una OEI “será tomada en cuenta por el Estado de emisión con arreglo a su propio derecho interno”. A continuación señala que sin perjuicio de las normas procesales internas, los Estados miembros velarán por que, en los procesos penales del Estado de emisión, se respeten los derechos de la defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de la OEI. Nos parece importante por cuanto la directiva no sanciona con la inadmisibilidad toda infracción de la legislación del Estado de ejecución en la obtención de prueba a través de una OEI. La remisión a la legislación interna del Estado de emisión nos parece un acierto, pues en función de la entidad de la infracción (que afecte o no a derechos fundamentales, por ejemplo) las consecuencias en términos de licitud o ilicitud de la prueba pueden ser distintas.

CAPÍTULO IX

LA EJECUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA

1. EJECUCIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA-1.1

La designación de las autoridades de ejecución -1.2 El proceso de reconocimiento y ejecución-1.2.1 Fases del procedimiento de reconocimiento y ejecución-1.2.2 Régimen jurídico del proceso de ejecución-1.2.3. Plazos-2. EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN-2.1La designación de las autoridades de ejecución -2.2 El proceso de reconocimiento y ejecución-2.2.1 Recepción del certificado, incoación del procedimiento y acuse de recibo-2.2.2 Régimen jurídico de la ejecución de la OEI-2.2.3 Procedimiento específico para determinadas medidas de investigación-2.2.4 Plazos-2.2.5 Traslado de la prueba obtenida-3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y DE LA EJECUCIÓN-3.1 Causas de denegación comunes-3.1.1 Doble tipificación de la conducta-3.1.1.1 La regulación de la doble tipificación de la conducta en los instrumentos de reconocimiento mutuo-3.1.1.2 La doble tipificación de la conducta en la DM/EEP-3.1.1.3 La doble tipificación de la conducta en la D/OEI-3.1.1.4 La doble tipificación y la responsabilidad penal de las personas jurídicas-3.1.2 Imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar- 3.1.2.1. Imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar en el EEP – 3.1.2.2. Imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar en la OEI - 3.1.3 Ne bis in ídem-3.1.3.1 Concepto y base normativa-3.1.3.2 Interpretación jurisprudencial europea sobre el ne bis in ídem-3.1.3.3 Aplicación del ne bis in ídem a los instrumentos de reconocimiento mutuo para obtención de prueba-3.1.4 Inmunidad-3.1.5 Territorialidad y extraterritorialidad- 3.1.5.1. Territorialidad y extraterritorialidad en el EEP – 3.1.5.2. Territorialidad y extraterritorialidad en la OEI - 3.1.6 Seguridad nacional, protección de la fuente de información y utilización de información clasificada-3.2 Causas específicas de denegación de la ejecución del EEP-3.2.1 Defectos en el formulario-3.2.2 Ausencia de validación-3.3 Causas específicas de denegación de la ejecución de la OEI-3.3.1. Infracción de derechos fundamentales-3.3.2 Ausencia de consentimiento del afectado - 3.3.3 Prolongación de la detención -3.3.4 Ausencia de consenso entre las autoridades de emisión y de ejecución-4. RÉGIMEN DE RECURSOS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN EN EL EEP Y EN LA OEI -4.1 Derecho a recurso y legitimación -4.2 Características del recurso -4.3 Consecuencias del recurso

CAPÍTULO IX

LA EJECUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA Y DE INVESTIGACIÓN.

1. EJECUCIÓN DEL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA

1.1 La designación de las autoridades de ejecución

La DM/EEP no define quién debe ostentar la condición de autoridad de ejecución. En este punto el artículo 2.d remite a la legislación nacional de cada Estado miembro. No obstante, consagra una suerte de equiparación de autoridades cuando se trate de denegar la ejecución. Decimos esto porque el artículo 13.2 DM/EEP obliga a que la resolución de denegación la realice un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal del Estado de ejecución *salvo que la emisora no tenga esta condición y el EEP no haya sido validado*, en cuyo caso también podrá denegarlo cualquier autoridad que fuera competente en el Estado de ejecución.

La propuesta de la Comisión enfatizaba que la decisión de no reconocer o no ejecutar quedaba explícitamente reservada únicamente a un magistrado, un juez de instrucción o un fiscal del Estado requerido, evitando así que un servicio de policía o una autoridad administrativa tenga el poder de revocar una resolución judicial. De este modo, si una autoridad administrativa o policial era la responsable de la ejecución debería acudir a un magistrado, juez o fiscal para rechazar el reconocimiento y ejecución⁷²⁴. Esta filosofía que inspiraba la propuesta fue la que finalmente se plasmó en la DM/EEP de modo que se permite la denegación por autoridades policiales o administrativas sólo cuando las emisoras tampoco son jueces, fiscales o tribunales.

No acabamos de encontrar sentido a esta equiparación. La determinación de qué autoridad debe denegar el reconocimiento o ejecución no estriba tanto en la necesidad de “equilibrar categorías” entre autoridades de emisión y de ejecución, sino en el tipo de análisis o valoración que debe hacerse para denegar el reconocimiento. Y desde este punto de vista, al ser las causas de denegación todas ellas de carácter eminentemente jurídico, opinamos que en todo caso debiera ser un juez o fiscal quien valore su concurrencia.

Es más, creemos que no sólo la decisión de denegar la ejecución sino incluso - o sobre todo- la decisión de reconocer debe someterse a un control previo por un juez o fiscal. Tal y como viene redactada la DM/EEP diríase que se presupone el reconocimiento y la ejecución, de modo que sólo cuando se detectase la posible concurrencia de una causa denegatoria pasaría la decisión a la autoridad judicial. El orden debería invertirse, el proceso de reconocimiento y ejecución debe conllevar un análisis inicial por juez o fiscal, quien tras el mismo deberá tomar la decisión de reconocer o no. El reconocimiento implica analizar si lo pretendido por la autoridad de emisión está dentro del ámbito normativo del exhorto, si se cumplen las exigencias en cuanto a su contenido y condiciones, y, sobre todo, la elección de medidas con las que llevar a cabo la ejecución. Estas pueden suponer la autorización de medidas coercitivas, siendo entonces la intervención del juez inexcusable en algunos casos (por ejemplo entradas y registros).

⁷²⁴ Comentarios al artículo 15 recogidos en el informe explicativo de la propuesta presentada por la Comisión, documento COM (2003) 688 final, de 14 de noviembre de 2003.

Pero incluso aunque no se trate de medidas coercitivas, la determinación del respeto a procedimientos y formalidades puede exigir un análisis jurídico.

Lo que encaja mal con el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales es que sea el Ejecutivo de los Estados miembros el que se reserve la facultad de denegar el reconocimiento del EEP y esto es precisamente lo que ha ocurrido en Dinamarca, donde es el Ministro de Justicia, o la persona por él autorizada, el que tiene el monopolio de la denegación de la ejecución⁷²⁵. Esto supone una injerencia de las autoridades centrales que nos retrotrae a la época de la asistencia convencional del CCE/1959, desconociendo el significado del reconocimiento mutuo en los términos pretendidos por el legislador europeo.

En España, el artículo 188.2 LRM atribuye la condición de autoridad de ejecución a la fiscalía y al juez de instrucción según se den determinadas circunstancias:

- Será competente el Ministerio Fiscal siempre que puedan obtenerse los objetos, documentos o datos sin adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales;
- En otro caso, así como cuando el Ministerio Fiscal entienda que debe denegarse el reconocimiento o la ejecución del exhorto, será autoridad competente el Juez de Instrucción del lugar donde se encuentre cualquiera de los objetos, documentos o datos que pretenden obtenerse con el exhorto. En este sentido, el artículo 196.5 LRM obliga al fiscal que aprecie la concurrencia de alguna de estas dos causas a remitir el certificado al juez de instrucción en el plazo máximo de diez días desde su recepción, debiendo acompañar un informe motivado sobre la causa concurrente.

La razón para la primera distinción parece clara: el Ministerio Fiscal no puede adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales, motivo por el cual es obligado que si resulta necesario adoptar medidas coercitivas remita el EEP al Juez de Instrucción. Y nos parece lógico que remita todo el expediente y no se limite a solicitar la autorización judicial como si el juez de instrucción fuera un juez de garantías porque esta figura, por ahora, es desconocida en nuestro derecho.

Se trae a colación esta observación porque en el informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales se hacía la observación de que esta remisión del expediente al juzgado de instrucción era innecesaria. Se consideraba que hubiera bastado con pedir autorización judicial para mantener el orden constitucional español, pudiendo luego ser las pruebas entregadas al fiscal para completar la ejecución de lo solicitado, pudiendo ser éste el encargado de su remisión a la autoridad de emisión⁷²⁶. Esta observación es apoyada por el Consejo de Estado. Sin embargo, creemos que obvia dos cuestiones importantes: nuestra LECrim obliga a que cuando las diligencias de investigación de fiscalía necesiten de intervención judicial cesen y se remitan al órgano judicial (art. 773.2 LECrim). No vemos razón para excepcionar este régimen general cuando de ejecución de un EEP se trate. Pero lo que es más importante: la ejecución del EEP se acaba con la incautación del objeto, documento o dato para cuyo acceso ha sido necesario autorización judicial. Por definición el EEP no tendrá mayor contenido y es lógico por tanto que la autoridad que ha adoptado la medida crucial para su obtención, el juez de instrucción, sea el que lo remita directamente a la autoridad de emisión, sin necesidad de intermediación alguna de la fiscalía.

⁷²⁵ Documento 6429/11 de 14 de marzo de 2011.

⁷²⁶ Informe del Consejo Fiscal, cit, pág. 107.

La atribución de competencia al Juez de Instrucción cuando se considere que la ejecución del EEP debe denegarse no era necesaria, pero implica un fortalecimiento del principio de reconocimiento mutuo por cuanto se necesita el consuno de dos autoridades, el fiscal y el juez, para que efectivamente se dicte una resolución que deniegue el reconocimiento. Este fortalecimiento del principio se plasma en diferentes preceptos del texto legal, como el propio artículo 1.2 LRM al definir el proceso de ejecución en España, el artículo 16 LRM - que contempla un reconocimiento y ejecución cuasi automático - o el artículo 29 LRM cuando estipula que sólo cabe la denegación por causas tasadas previstas legalmente.

Consideramos que éste es el sentido de esta previsión y no el régimen de recursos, como pudiera pensarse en una lectura rápida de la norma. Si el Ministerio Fiscal entendiera que el exhorto no debe ser ejecutado y la LRM le hubiera conferido la competencia para esta decisión es cierto que su decisión – el decreto - no podría ser recurrida (art. 24.4 LRM), pero de conformidad con el artículo 18.1 DM/EEP el recurso sólo es obligado que exista en la legislación nacional de trasposición si para su ejecución se adoptan medidas coercitivas (en cuyo caso siempre estaríamos en la esfera de competencia del Juez de Instrucción, frente a cuyas decisiones sí cabe recurso, art. 24.1 LRM).

En relación, a nuestro juicio, con el tipo de autoridades competentes para la ejecución del EEP está la exigencia o no de validación del exhorto emitido por autoridades que no sean juez, tribunal o fiscal. Recordemos que al amparo del artículo 11.5 DM/EEP los Estados miembros podían exigir la validación en todo caso siempre que la autoridad de emisión no fuera un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal y que, en un caso similar y conforme a la legislación nacional (en este caso la legislación española) las medidas necesarias para la ejecución del exhorto deban ser acordadas o supervisadas por un juez o fiscal. En las declaraciones realizadas por el Estado español sobre este instrumento no se ha exigido la validación del EEP que reciban nuestras autoridades, cualquiera que sea la autoridad que los emita en el otro Estado miembro y esta opción nos parece la más oportuna. Desde el momento en que el artículo 11.2 DM/EEP reside en la autoridad de ejecución la elección de la medida, singularmente cuando ésta sea coercitiva, parece innecesaria la exigencia de validación: siempre será un juez español el que tomará la última decisión sobre si se acuerdan o no medidas coercitivas para la ejecución del exhorto, conforme hemos expuesto.

Exigir la validación de un juez (por ejemplo porque lo emita inicialmente un policía esloveno) para luego denegar la ejecución nos parece que sólo genera trastornos innecesarios. Y si el exhorto va a ser ejecutado y conlleva medidas coercitivas no vemos problema en que venga solicitado por un policía esloveno sí, a fin de cuentas, la decisión de utilizar estas medidas coercitivas – decisión, recordemos, no sujeta a reconocimiento mutuo – la toma un juez español.

En cuanto a la competencia territorial de las autoridades de ejecución la legislación de trasposición de cada Estado miembro deberá velar por regular las situaciones en las que, dentro de un mismo Estado, los objetos, documentos o datos están en territorios de distintas autoridades de ejecución.

Así lo ha hecho, por ejemplo, la legislación finesa de implementación del exhorto, que señala que si éste se refiere a prueba localizada en distintos distritos judiciales, o su localización es incierta, o alguna otra razón así lo aconseja, cada autoridad de

ejecución (fiscales de distrito) son competentes independientemente del distrito judicial en el que la prueba solicitada está localizada⁷²⁷.

Esta ha sido la opción del legislador español que, partiendo del criterio rector de que será competente el fiscal o el juez del lugar donde se encuentre el objeto, documento o dato, atribuye competencia territorial al que primero reciba el EEP para ejecutar el mismo en toda su extensión, posibilitando la ejecución incluso en relación con los objetos, documentos o datos que no se encuentren en su circunscripción. Asimismo, el cambio sobrevenido de la ubicación del objeto, documento o dato no altera la competencia siempre que ya se haya dictado la resolución de reconocimiento. JIMENEZ CRESPO apunta que la LRM no da solución al caso en el que el cambio se produce antes de que el juez o el fiscal hayan acordado el reconocimiento, detallando las consecuencias prácticas que tendría tanto que se entienda que hay una posible falta de competencia (con el posible planteamiento de cuestión de competencia si el juez al que se remite el EEP para su ejecución rechaza la inhibición) como el supuesto en el que se continúe conociendo del expediente por aplicación del artículo 188.2 III LRM al aludir a que conocerá “el que primero lo reciba”⁷²⁸. Nos inclinamos por considerar que la inhibición será lo procedente, porque de otro modo no tendría sentido el requisito expreso señalado en la ley relativo a que se perpetuará la competencia si el cambio tiene lugar con posterioridad al reconocimiento, además de porque el artículo 188.2 III LRM exige que al menos un bien esté en la circunscripción del juzgado que primero lo reciba, cosa que no ocurriría en el caso del cambio sobrevenido. No obstante, esta omisión del legislador a buen seguro dará problemas de competencia en la práctica de nuestros tribunales.

Es también digna de mención la utilidad de la previsión contenida en el artículo 16.2 LRM (trasunto del art. 8.5 DM/EEP) sobre la remisión de oficio por la autoridad incompetente a la que resulte serlo. La única duda que generan ambos preceptos es si se están refiriendo únicamente a los casos en los que la autoridad de ejecución competente es del mismo Estado miembro que la receptora (en el caso que ahora nos ocupa, España) o incluso si permitirían que ésta última lo remita a la autoridad de otro Estado de ejecución. En nuestra opinión es preferible en esta segunda opción que la autoridad española receptora lo devuelva a la emisora, que deberá valorar entonces si lo transmite a ese nuevo Estado en el que al parecer se encuentra el objeto, documento o dato. Y decimos esto porque la autoridad de emisión podrá reconsiderar la conveniencia de remitir el EEP a esa autoridad de otro Estado a la vista de cuestiones como la legislación nacional de implementación o cualquier otra circunstancia que puedan tener una influencia decisiva en la ejecución pudiendo incluso en ocasiones hacer desaconsejable ésta.

Por ejemplo, si la autoridad holandesa remite un EEP a España para incautar un ordenador portátil y éste ha sido trasladado a Francia, lo correcto es que la autoridad española informe de esta circunstancia a la autoridad de emisión y sea ésta la que valore si emite nuevo EEP ahora dirigido a Francia. Al hacer esta valoración podrá concluir que no procede la emisión toda vez que, por ejemplo, Francia no ha implementado esta DM/EEP.

⁷²⁷ Documento 17322/11 de 21 de noviembre de 2011.

⁷²⁸ Cfr. JIMENEZ CRESPO, L.M., “Cuestiones prácticas del Título X de la ley 23/2014: exhorto europeo de obtención de pruebas” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANELO, C.; DE HOYOS SANCHO, M.; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015.

1.2 El proceso de reconocimiento y ejecución del exhorto europeo de prueba

1.2.1 Fases del procedimiento de reconocimiento y ejecución

La autoridad de ejecución, al recibir el certificado obligatorio en el que se documenta el EEP, se enfrenta a dos procesos decisorios diferentes, uno que podríamos denominar formal o de decisión sobre el reconocimiento y otro material o de decisión sobre la ejecución:

1º) Por medio del primero la autoridad de ejecución deberá analizar el tipo de autoridad que emite el exhorto, si resulta necesaria su validación, en el seno de qué procedimiento y con qué objetivo se emite el EEP, qué tipo de documento ha recibido, por qué vía le ha sido transmitido y en qué idioma lo recibió. Desde una perspectiva interna deberá, además, analizar su propia competencia objetiva, territorial y funcional para reconocer y ejecutar el exhorto.

2º) Una vez reconocido, se abriría la fase de decisión sobre la ejecución propiamente dicha, en la que la autoridad de ejecución tendrá que decidir qué medida adoptará para incautar y transferir los objetos, documentos o datos que constituyen el objeto del exhorto, si recurrirá para ello a medidas coercitivas o si puede o no respetar las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión sin que se vean afectados los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Deberá valorar también si concurre alguna causa para aplazar o denegar la ejecución. O si, a pesar de darse todos los requisitos formales en la emisión del exhorto, el mismo es de imposible ejecución.

La literalidad del artículo 11 DM/EEP aboga por que ambas decisiones se tomen en unidad de acto. En el mismo sentido, el artículo 196.2 LRM, que exige que el fiscal (por decreto) o el juez de instrucción (por auto) resuelvan sobre si concurren todos los requisitos exigidos legalmente – se entiende para acordar la decisión de reconocimiento y ejecución - y sobre si aprecia la concurrencia de causa alguna de denegación, debiendo en esa misma resolución dar las instrucciones necesarias para que se recaben los objetos, documentos o datos (es decir, decidirá también cómo se ejecutará el EEP). Podrán, asimismo, suspender la toma de la decisión si el certificado está incompleto o es manifiestamente incorrecto, hasta que se complete o se corrija [art. 200.1 a) LRM].

En este punto conviene traer a colación que la propuesta de la Comisión era más favorecedora del reconocimiento, en cuanto que contemplaba la posibilidad de eximir a la autoridad de emisión de corregir o completar el formulario si se consideraba que la información proporcionada era suficiente para ejecutar el exhorto correctamente (literalmente se decía “de manera justa y legal”).

Centraremos ahora nuestro análisis en los casos en que la decisión del fiscal o del juez acuerda el reconocimiento y la ejecución del EEP, dejando para un epígrafe posterior aquellos supuestos en los que el juez de instrucción aprecia una causa de denegación.

El procedimiento de ejecución del EEP regulado en la LRM comienza con la recepción en España del certificado recogido como anexo XIII LRM, sin que se pronuncie la ley sobre el tipo de procedimiento que deberá incoar la autoridad receptora. Esta cuestión, que puede considerarse baladí, no lo es a efectos prácticos, pues al momento de la entrada en vigor de la LRM (y aún hoy día) los juzgados españoles no disponían en sus sistemas informáticos de una categoría propia correspondiente a la ejecución de estos instrumentos, generándose confusión sobre cómo debían ser repartidos y ejecutados.

Que la LRM hubiera mencionado expresamente la exigencia de incoar el procedimiento especial previsto en su articulado para la ejecución de estos instrumentos hubiera posibilitado trasladar esta previsión a los sistemas informáticos respectivos.

Tras el registro e incoación, deberá llevarse a cabo una comprobación previa: el juez o el fiscal deberán acordar, en el plazo de cinco días desde la recepción del EEP, que se averigüe la localización del objeto, documento o dato (art. 196.1 LRM). La finalidad de esta diligencia es doble: por un lado, permite corroborar la propia competencia territorial; por otro, permite valorar qué medidas serán necesarias para ejecutar el EEP.

Si, por ejemplo, la averiguación diera como resultado que el objeto, documento o dato se encuentra en el interior de un domicilio la ejecución sólo podría corresponder al juez de instrucción, que deberá valorar si acuerda o no la entrada y registro para la efectiva incautación del objeto del exhorto.

En esta misma línea se justifica la previsión del artículo 196.2 LRM de que la autoridad española de ejecución se comuniquen con la autoridad de emisión para que ésta amplíe la información de que disponga y que sea útil para facilitar la ejecución del exhorto, como la ubicación del objeto, sus características o cualquier otra circunstancia relevante. Si estas gestiones no dieran su fruto el artículo 199 d) LRM obliga a informar a la autoridad de emisión sobre si el exhorto no se ha ejecutado debido a la desaparición o destrucción de los objetos, documentos o datos, a la imposibilidad de encontrarlos en el lugar indicado o a la falta de precisiones suficientes sobre su ubicación, a pesar de la consulta.

La diferencia entre las dos fases decisorias, de reconocimiento y de ejecución, se vislumbra clara al analizar la causa de suspensión prevista en el artículo 200.1 c) LRM. Este precepto permite suspender la ejecución del EEP si la misma pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento en que se considere necesario. En este caso, por tanto, el fiscal o juez de instrucción reconoce el EEP pero pospone su ejecución hasta que pueda llevarse a cabo sin peligro para la investigación penal española.

En relación con estas causas de aplazamiento nos parece una omisión de la normativa europea que no se prevea una obligación de información periódica por parte de la autoridad de ejecución. El hecho de que la DM/EEP no establezca nada al respecto no resulta muy coherente con los estrictos plazos que recoge la norma para el reconocimiento o la ejecución. Por eso entendemos más acorde con la filosofía inspiradora de este instrumento de reconocimiento mutuo y con la fluida comunicación que debe mediar entre la autoridad de emisión y la de ejecución que se hubiese previsto que ésta última diera cuenta periódica de si la causa que motivó el aplazamiento subsistía o no.

En relación con este aplazamiento de la decisión, no está regulado en la DM/EEP si -a la vista de la información que reciba la autoridad de emisión- ésta puede o no desistir del EEP emitido. Parece lógico que así se hubiera hecho, al menos que se contemple expresamente en la legislación nacional de implementación, como de hecho ocurre con otros instrumentos de reconocimiento mutuo donde, ante determinadas circunstancias, se puede retirar el certificado. En el EEP, tratándose de obtención de un elemento probatorio, el aplazamiento de la decisión puede privar de utilidad a la ejecución del exhorto, pues de nada serviría, por ejemplo, que el mismo se ejecutase una vez celebrado ya el enjuiciamiento por el delito que motivó la emisión.

1.2.2 Régimen jurídico aplicable a la ejecución del EEP

La elección de cómo debe ejecutarse el EEP es sin duda de especial trascendencia. Como hemos venido reiterando en las páginas precedentes, el recurso a la coerción queda al libre criterio de la autoridad de ejecución, en este caso la española, por establecerlo así claramente la DM/EEP en sus artículos 11.2 y 12. Estos, sin embargo, no han sido objeto de trasposición clara en nuestro Derecho. No obstante, el legislador español ha facilitado un criterio crucial para llevar a cabo esta ejecución, criterio que, por otra parte, no aparecía en la DM/EEP (aunque sí en la propuesta de la Comisión). Nos referimos al artículo 195.3 LRM, cuando establece que si el exhorto se pudiera ejecutar a través de varios medios se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

Al describir la toma de decisiones en la ejecución del EEP no podemos dejar de destacar que la autoridad de ejecución, por el propio mecanismo del EEP, mantiene una posición anómala: no conoce todos los elementos de la investigación (pues la misma se sigue en el Estado de emisión) y ello obstaculiza que pueda ponderar debidamente las alternativas; no se ve obligada a adoptar medidas coercitivas solicitadas por la autoridad de emisión pero sí viene obligada a lograr un resultado (la incautación del objeto, documento o dato que constituye el EEP) y, finalmente, en la ejecución de las medidas que adopte debe respetar no sólo su legislación, sino también las formalidades que haya indicado la autoridad de emisión.

Sobre el mandato a la autoridad española de ejecución de respetar los procedimientos y formalidades que haya indicado la autoridad de emisión nada encontramos específicamente en el capítulo dedicado a la ejecución del EEP en España [tan sólo la obligación de informar a la autoridad de emisión sobre la imposibilidad de respetarlas, art. 199.c) LRM]. El mandato de cumplimiento de estas formalidades lo encontramos en la parte general de ejecución, donde el artículo 21.1 LRM, tras proclamar que la ejecución se regirá por el Derecho español, señala que la autoridad judicial competente española observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad emisora siempre que no sean contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español.

Aplicando esta disposición al limitado ámbito del EEP, previsiblemente estas formalidades harán referencia a garantizar la cadena de custodia del objeto incautado o a que los documentos se reseñen de una singular manera. Tratándose de datos electrónicos los procedimientos pueden aludir a mecanismos tecnológicos que garanticen la integridad de los datos obtenidos. Si de este tipo de formalidades se tratara, no parece probable que surjan conflictos con los principios esenciales del ordenamiento jurídico español y por tanto bien pudiera concluirse que la autoridad española de ejecución no tendría por qué tener problemas en respetarlos.

Aunque la LRM no lo diga, resulta recomendable que el juez de instrucción dé traslado al fiscal y demás partes personadas para informe sobre si es procedente o no respetar estas formalidades. Y conviene tener presente que no es improbable que el afectado pueda estar personado en el procedimiento de ejecución seguido ante el juez de instrucción, toda vez que el artículo 22.1 LRM obliga a notificar al afectado que tenga su domicilio o residencia en España la resolución judicial cuya ejecución se pretende en nuestro país (salvo que el proceso esté declarado secreto o que hacerlo frustrara su finalidad). Expresamente recoge el precepto que la práctica de esta notificación

supondrá el reconocimiento del derecho a intervenir en el proceso con abogado y procurador.

Una cuestión que no resulta clara de la DM/EEP ni de la LRM es si la solicitud de que se respeten determinados procedimientos o formalidades se puede hacer extensiva no sólo a la incautación en sí del objeto, documento o dato sino también a la forma en que deben practicarse las medidas coercitivas que pueden solicitarse en el EEP. Por mucho que éstas no sean obligatorias para la autoridad de ejecución (art. 11.2 y 12 DM/EEP) sí nos parece posible que puedan verse favorecidas por la previsión de que se lleven a cabo respetando las formalidades del Estado de emisión. Es una interpretación favorecedora de la admisibilidad de la prueba, pues previsiblemente será el Estado de emisión el que conocerá del enjuiciamiento de la causa.

El artículo 199 c) LRM obliga a la autoridad española de ejecución a informar a la de emisión en el caso de que no se pueda cumplir con las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión. Aunque nada dicen la DM/EEP ni la LRM, parece lógico explicitar las razones por las que dichas formalidades no pueden ser respetadas; singularmente, si el motivo es que se consideran contrarias a los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico español, entendemos que debiera detallarse qué principio y por qué se ve afectado. Tampoco prevé en este supuesto la DM/EEP que la autoridad de emisión pueda desistir del exhorto. Esta omisión es especialmente importante, porque si la admisibilidad de lo obtenido depende del respeto a tales formalidades, pareciera que tras esta comunicación el exhorto devendría inútil, siendo razonable que, por economía procesal o incluso por estrategia en la investigación procesal penal, el exhorto fuera retirado.

Dentro del proceso de ejecución en España del EEP conviene que nos detengamos en la previsión contenida en el artículo 196.3 I LRM relativa a que el fiscal o el juez de instrucción puedan valorar la posibilidad de emprender nuevas “medidas de investigación” no solicitadas cuando se considere que puede resultar oportuno. Enlazaría con lo estipulado en parte general de ejecución en el artículo 21.2 LRM, que especifica que la ejecución se ajustará a los términos de la resolución u orden, no pudiéndose hacer extensiva a personas, bienes o documentos no comprendidos en ella, sin perjuicio de lo dispuesto para el EEP. Varias son las consideraciones críticas que nos merece el artículo 196.3 I LRM en los términos en los que aparece redactado, como tuvimos ocasión de adelantar al describir el ámbito del EEP en España. La premisa en la que parece asentarse es la mera voluntad o juicio de valor sobre su oportunidad que realice la autoridad española de ejecución. Pero lo cierto es que en la DM/EEP está previsto en el artículo 4.5 bajo una premisa distinta: que la autoridad de emisión *así lo solicite* al emitir el EEP. De hecho, se reserva una casilla específica en el certificado, concretamente en el apartado L.2, para que se haga constar esta solicitud. La primera conclusión, por tanto, es que el legislador español parece haber ido más allá que el europeo, por cuanto sin que medie esta solicitud habilita a la autoridad española de ejecución para que incaute otros objetos, documentos o datos. Otra cuestión que resulta problemática es la mención a *investigaciones complementarias*. El EEP no permite investigar, sólo incautar lo ya conocido, existente y disponible. Por tanto, esta referencia, que se contiene también en el tenor literal de la DM/EEP es, cuando menos, confusa.

En nuestra opinión, hubiera sido deseable que hubiera tenido cabida en el EEP sólo la posibilidad de que la autoridad de ejecución española informara a la autoridad de

emisión. De hecho, la información sí la prevé el artículo 199 a) LRM, dejando tras ello al propio criterio de la autoridad de emisión que se acuerde lo que proceda (emitir otro EEP o ampliar el ya emitido para que también sean incautados estos objetos, documentos o prueba de que ha tenido noticia como consecuencia de la información recibida por parte de la autoridad judicial española de ejecución).

Tampoco parece acertada la regulación en sede de ejecución en España del EEP de la participación de autoridades del Estado de emisión (art. 196.3 II LRM al implementar el art. 9.2 DM/EEP). Al regular esta materia el artículo 196.3 II LRM hace referencia a que “el Estado de emisión participe en la ejecución en España” cuando, lógicamente, se refiere a que las autoridades de ese Estado lo hagan, cuestión meramente terminológica pero que bien podría haber sido depurada por el legislador con anterioridad a la promulgación de la norma. Lo realmente importante es que se podría haber perfilado con mayor detalle qué papel tendrá concretamente la autoridad de emisión que se desplace a España para estar presente durante la ejecución del primer EEP. Es claro que podrá emitir un segundo EEP y transmitirlo directamente a la autoridad española de ejecución, pero hay más cuestiones y de mayor enjundia:

- El artículo 9.2 DM/EEP y el artículo 196.3 LRM contemplan solo la participación de la autoridad de emisión, no la posibilidad de que ésta designe o autorice a otra persona a estar presente durante la ejecución del EEP. Pudiera hacerse en relación con representantes de la autoridad o bien con los letrados personados en el proceso penal del que el EEP trae causa.

Puede entenderse que se menciona únicamente a la autoridad de emisión porque se está regulando la posibilidad de transmitir *in situ* un nuevo EEP, sin que ello presuponga que queda prohibida la participación de otras personas del Estado de emisión en la ejecución. De defenderse esta interpretación concluimos que el legislador nacional de implementación debería haber entrado en más detalle. En este caso, la LRM debería haber previsto expresamente que las personas designadas por la autoridad de emisión (policías, funcionarios judiciales, letrados personados en el proceso seguido ante el otro Estado miembro) pudieran estar presentes durante la ejecución del exhorto. Al no hacerlo expresamente puede dar lugar a interpretaciones divergentes en la práctica.

- Por otra parte, la participación de la autoridad de emisión durante la ejecución del EEP no viene suficientemente definida. Amén de las facultades de emitir un exhorto complementario y de transmitirlo directamente a la autoridad de ejecución, otras cuestiones no están perfiladas a pesar de tener notable importancia. Y no lo están ni en la DM/EEP ni tampoco en la LRM, cuando al menos la legislación de implementación sí podría haber llevado a cabo esta precisión. Nos preguntamos, por ejemplo, si la autoridad de emisión tendrá acceso directo a los objetos, documentos o datos recabados en España con el exhorto mientras permanezca en nuestro país. También si podrá examinarlos o incluso trasladarlos consigo en su regreso a su Estado. Específicamente, cabe preguntarse si, al amparo del artículo 4.6 DM/EEP, en la toma de declaraciones de las personas que estén presentes durante la ejecución del exhorto y tengan relación directa con el mismo, puede la autoridad de emisión formular preguntas por sí misma o debe limitarse a ser un mero espectador de la actividad de la autoridad de ejecución, preguntando, en su caso, a través de ésta. La respuesta a estas cuestiones no es fácil toda vez que el artículo 21.1 LRM, en todo lo relativo al régimen jurídico aplicable a la ejecución del EEP, remite a la

legislación española, pero al carecer nuestro país de una ley de cooperación judicial penal internacional no hay una normativa clara de referencia que proporcione una solución única a estas cuestiones, debiendo aplicarse la LECrim sin que en ella esté regulada la intervención de autoridades de otros Estados miembros en la obtención de prueba en España.

Una vez finalizada la ejecución, la autoridad de ejecución tiene una obligación de especial importancia: informar inmediatamente a la autoridad de emisión en el caso de que el EEP no se haya ejecutado de conformidad con el Derecho del Estado de ejecución [art. 17.1.b) DM/EEP – art. 199.b) LRM]. Esta escueta mención despierta más interrogantes que respuestas. Parece necesario que se explicita en qué medida no se ha respetado dicho derecho, concretamente si con ello se han vulnerado derechos o libertades fundamentales del Estado de ejecución o si han sido infracciones de mera legalidad ordinaria. Debiera darse información también sobre las consecuencias que dicha vulneración tendría en la admisibilidad de la prueba si hubiera de utilizarse en España y, finalmente, las razones que en su caso expliquen los motivos por los que el exhorto no se haya ejecutado de conformidad con la legislación del Estado de ejecución.

1.2.3 Plazos en el proceso de reconocimiento y ejecución

En cuanto a los plazos que regirán el proceso de ejecución recordemos que la propia existencia de plazos es uno de los rasgos más característicos de los instrumentos de reconocimiento mutuo, siendo un elemento ajeno a la asistencia convencional y cuyo significado no es otro que fortalecer la eficacia de estos instrumentos. Deben ser objeto, por tanto, de una especial atención.

En la DM/EEP observamos la existencia de dos tipos de plazos, unos aplicables con carácter general, que podríamos denominar ordinarios, y otros más breves, extraordinarios, que podrían especificarse por la autoridad de emisión en cada caso concreto y por motivos justificados (plazos procesales u otras circunstancias urgentes). Los primeros son de carácter imperativo, a modo de plazos máximos que deben cumplirse en todo caso. En relación con las peticiones urgentes, lo que prevé la norma es que se cumplan por la autoridad de ejecución en la medida de lo posible (art.15.1 DM/EEP- art. 197.1 in fine LRM).

Dentro de los plazos que hemos denominado ordinarios, se distingue entre el plazo para tomar la decisión sobre la denegación del reconocimiento o de la ejecución y el plazo para ejecutar el exhorto.

a) El artículo 15 DM/EEP confiere un plazo máximo de 30 días desde la recepción del EEP para la decisión de reconocimiento o de denegación.

b) En la ejecución en sí se distingue a su vez entre el supuesto en que la autoridad de ejecución ya se encuentre en posesión de los objetos, documentos o datos requeridos (en cuyo caso deberá llevarse a cabo la ejecución inmediatamente) del supuesto de que deba llevar a cabo una actividad para efectivamente tomar posesión de lo requerido, disponiendo para ello un máximo de 60 días, contados siempre desde la recepción del exhorto por la autoridad de ejecución competente (art. 15.3 DM EEP, en el mismo sentido, los correlativos art. 196.5 último inciso y art. 197.1 LRM).

Estos plazos de la DM/EEP son, como hemos destacado, plazos máximos, regulándose en la LRM unos plazos más breves para las distintas etapas del proceso español de

ejecución, de modo que su acumulación permita no rebasar el máximo establecido por el legislador europeo. Así, en cinco días debe acordarse por el juez o por el fiscal la averiguación de la locación del bien (art. 196.1 LRM); en diez días debe dictarse el auto o decreto sobre el reconocimiento (art. 196.2 LRM); el fiscal dispone de un plazo de diez días para remitir el certificado al juez de instrucción cuando entienda que procede denegar la ejecución o que sea necesario medidas coercitivas y el juez deberá resolver en otros cinco días (art. 196.5 LRM).

Sorprendentemente, no se fija plazo máximo alguno para el efectivo traslado de los objetos, documentos o datos⁷²⁹, señalándose únicamente que deberá hacerse sin demora indebida (art. 15.5 DM EEP - art. 197.2 LRM).

El Parlamento Europeo propuso fijar un límite de 30 días contados a partir de la recepción de las pruebas por el Estado de ejecución para efectuar el traslado (enmienda 28), cuestión esta que no fue acogida.

La inclusión de un plazo para el efectivo traslado es la lógica consecuencia de haber introducido plazos anteriores para la denegación o para la ejecución. El hecho de que se carezca del mismo hace quebrar la eficacia con la que se pretendió dotar al instrumento, pues sin duda la ralentización en el traslado puede tener idénticas perniciosas consecuencias para el proceso penal seguido ante el Estado de emisión que el retraso en la denegación o en la ejecución del exhorto. Es más, si tenemos en cuenta que, como hemos sostenido en capítulos anteriores, la transmisión de los objetos, documentos o datos es lo que dota de utilidad al exhorto frente a otros instrumentos de reconocimiento mutuo anteriores, como el regulado en la DM/EPYAP, la ausencia de plazo máximo para llevarla a cabo constituye una carencia importante.

En cuanto a la consecuencia que acarrea que los plazos no se respeten, la DM/EEP menciona sólo que se deberá informar sin demora a la autoridad de emisión, con expresa indicación de los motivos de la demora y la estimación del plazo necesario para dar cumplimiento a lo pedido (art. 15.4 DM EEP).

La propuesta de la Comisión obligaba a informar no a la autoridad de emisión, sino a Eurojust, cuestión que celebramos no haya sido finalmente recogida porque previsiblemente el EEP se utilizará en casos bilaterales que pueden recaer fuera de la esfera de este órgano.

1.2.4 Traslado del objeto, documento o dato

Sorprende la escasa atención prestada en el EEP al régimen del traslado de los documentos, objetos y datos. Hay una total despreocupación de la regulación de este aspecto, que es esencial en el exhorto en cuanto que es uno de sus signos distintivos en relación con otros instrumentos y dado que tiene una dimensión no sólo material (relativa a cómo realizar físicamente este traslado) sino también jurídica (en cuanto a las consecuencias que para la admisibilidad del elemento probatorio, puede conllevar no haber respetado la cadena de custodia).

La DM/EEP (y la LRM) aluden al traslado en lo que concierne a tres aspectos:

⁷²⁹ Por el contrario, en la propuesta de la Comisión sí se recogía un plazo para el traslado de 30 días desde la ejecución del exhorto.

- Inmediatez: deberá hacerse inmediatamente, a menos que se esté tramitando un recurso o que haya un motivo de aplazamiento justificado (art. 15.5 DM/EEP- art. 197.2 LRM).
- Solicitud de devolución: la posibilidad de que la autoridad de ejecución indique, al trasladar los objetos, documentos o datos que solicita que le sean devueltos tan pronto como deje de necesitarlos el Estado de emisión (art. 15.6 DM/EEP - art. 197.2 LRM),
- Suspensión: posibilidad de suspender el traslado en espera de que se falle el recurso interpuesto o hasta que se alce la causa de aplazamiento (art. 15.5 DM/EEP - art. 24.2 y art. 200 LRM).

No se regula, sin embargo, un medio o cauce prioritario para trasladar lo incautado, singularmente cuando tratándose de un objeto puede no resultar cuestión baladí. Hubiera sido de utilidad que se arbitrara legalmente la posibilidad de encomendar su traslado a los servicios policiales, que es cómo viene haciéndose en la práctica en muchos casos cuando de ejecución de comisiones rogatorias se trata. Especialmente importante hubiera sido que se habilitara expresamente para el traslado a la autoridad de emisión que está presente durante la ejecución del EEP en el otro Estado, sin que sin embargo nada se diga al respecto en el artículo 9.2 DM/EEP. Esta ausencia de previsión en la DM/EEP (y en la LRM) se cohonesto mal con la propia formulación del certificado, que sí dispone de un apartado, el N número 3, destinado a especificar el modo en el que los objetos, documentos o datos serán trasladados (citando expresamente el correo electrónico, fax, el envío de original por correo y otros medios, que deberán especificarse). A la vista de ello pareciera que la autoridad de emisión debe formular una propuesta de traslado en el certificado, quedando al libre criterio de la autoridad de ejecución si la acepta o acude a otro mecanismo alternativo.

2. EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

2.1 La designación de las autoridades de ejecución de la OEI

El artículo 2 D/OEI, al definir en el apartado d) qué debe entenderse por autoridad de ejecución, señala que debe ser una autoridad que tenga competencia para reconocer una orden europea de investigación y asegurar su ejecución de conformidad con la D/OEI y los procedimientos aplicables en un caso interno similar. Dichos procedimientos internos pueden requerir de una autorización judicial en el Estado de ejecución cuando así lo disponga en su legislación interna, consagrándose en estos casos el régimen de doble autorización judicial, en el Estado de emisión y en el Estado de ejecución. La conclusión, por tanto, es que la autoridad de ejecución, para poder *asegurar la ejecución* de la OEI (como literalmente dice el art. 2 d D/OEI), tiene que tener capacidad para *acordar la medida* contenida en la orden, otorgando autorización judicial expresa cuando así lo requiera la legislación interna del Estado de ejecución.

En la propuesta de D/OEI los términos no eran esos. Se decía allí que la autoridad de ejecución será una autoridad competente para “emprender la medida de investigación mencionada en la OEI en un asunto nacional similar”. El informe explicativo de la propuesta ponía un ejemplo: si la orden se emite para registrar una casa en un lugar específico del Estado miembro A, la autoridad de ejecución debe ser una autoridad que sería competente, en un caso nacional similar, para decidir el

registro de una casa en el lugar de que se trate⁷³⁰. Durante la negociación se consideró que la terminología debía cambiarse porque emprender no era decidir⁷³¹.

La posibilidad de designar autoridades centrales está prevista en el artículo 7.3 D/OEI, incluso pudiendo existir más de una por Estado miembro si su sistema jurídico lo permite, pero limitando sus funciones, en lo que a la ejecución concierne, a la recepción de la OEI.

También en el informe explicativo de la propuesta se hacía hincapié en que la labor de las autoridades centrales sólo podía ser de carácter administrativo.

Así las cosas, haremos a continuación una propuesta *lege ferenda* sobre qué tipo de autoridades podrían tener la condición de autoridades de ejecución de la OEI en España cuando la directiva sea implementada en nuestro país. Determinado el tipo de autoridad, también habrá que tomar en consideración criterios de competencia objetiva y territorial⁷³².

Consideramos que la legislación española que implemente en nuestro país la D/OEI debe optar por designar únicamente a los jueces de instrucción como autoridades competentes para ejecutar la OEI. Y se dice esto por los siguientes motivos:

- Como expusimos, la D/OEI parte de la confidencialidad de la ejecución de la orden. Es pacífico que las diligencias de la fiscalía no pueden declararse secretas. Al respecto, la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre las diligencias de investigación, aduciendo la falta de previsión legal, descarta de manera rotunda que el fiscal pueda declarar secretas sus actuaciones.
- Otra cuestión, más sustancial aún, es el propio valor de las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal. Si con la OEI se pretende recabar válidamente *prueba* para el procedimiento seguido en el otro Estado miembro, la premisa de la que debe partirse es que lo transmitido sea válido como prueba en España. Y las diligencias de investigación de la fiscalía no gozan de este carácter. La anteriormente citada Circular 4/2013 de la FGE recuerda que las diligencias de investigación del fiscal no precisan del aval del Secretario Judicial que dé fe de ellas porque “no han de hacer prueba”, criterio éste reiterado también en la Circular 1/1989 y en las Instrucciones 2/2000 y 3/2004.
- Entendemos, además, que es la opción más garantista para permitir el pleno juego de los recursos contra las decisiones de ejecución. Conviene tener presente que el artículo 24.4 LRM excluye que contra las decisiones del fiscal quepa recurso en la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Con ocasión del estudio de las diligencias de investigación fiscal, AGUILERA considera que mantener la irrecorribilidad de los decretos del Fiscal no es algo que por sí mismo pugne con las exigencias constitucionales pero que sí lo haría si esta inimpugnabilidad fuera absoluta, si no hubiera cauce alguno para controlar judicialmente la actividad realizada de manos del Fiscal, que entre otros, se realiza en el proceso penal que se incoa con posterioridad al cierre de

⁷³⁰ Documento 9288/10 ADD 1 de 3 de junio de 2010.

⁷³¹ Documento 12201/10 de 20 de julio 2010.

⁷³² Sobre la necesaria coordinación interna para que la ejecución de la OEI en España sea eficaz véase BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva...” cit.

las diligencias de investigación del fiscal⁷³³. Lo que ahora planteamos es que si se le atribuye competencia para ejecutar la OEI el control judicial no se produciría en España, al ser irrecurribles sus decisiones, sino en su caso en el Estado de emisión. Pero ese control no será, en términos de calidad, cómo el que podría realizar el órgano judicial español puesto que la autoridad de emisión de otro Estado miembro no tiene por qué conocer nuestro ordenamiento jurídico ni desde luego es previsible que lo conozca. Difícilmente podrá valorar, por tanto, si hubo quiebra o no de nuestro ordenamiento jurídico en la forma concreta en que se ejecutó la medida.

- Las diligencias practicadas ante el fiscal no interrumpen la prescripción en las causas internas⁷³⁴, lo que debería ser advertido a las autoridades de emisión si la fiscalía ejecuta la OEI en España, pues esta limitación de las diligencias de investigación puede tener como consecuencia que tampoco interrumpen la prescripción en el proceso en el que se emitió la OEI (siguiendo con el criterio de que no puede pretenderse fuera de nuestras fronteras un efecto que no se tiene en los procedimientos internos).
- La falta de veracidad en las manifestaciones vertidas por el testigo en su declaración ante la fiscalía no es legalmente constitutiva del delito de falso testimonio, pues el artículo 468 CP exige que se vierta en causa judicial, como también nos recuerda la Circular 4/2013 FGE. AGUILERA señala que, en el seno de las diligencias del fiscal, si el testigo o perito no comparece en la sede tras ser citado, o si compareciendo se niega a declarar, no puede ser multado al carecer el Fiscal de potestad sancionadora⁷³⁵. Todo esto conllevaría que, de ejecutar el fiscal la comparecencia por medios técnicos prevista en la OEI, quedara vacía de contenido la previsión del artículo 24.7 D/OEI de aplicar consecuencias al hecho de que se niegue a prestar testimonio o no preste testimonio veraz, dado que las consecuencias de nuestro Derecho interno en este caso serían inexistentes, pues sólo las tiene cuando esta conducta obstativa tiene lugar ante el juez.
- A estas razones jurídicas pueden sumarse otras de carácter práctico. Si el artículo 2.d) D/OEI obliga a cumplir con los procedimientos nacionales que serían exigibles en un caso interno similar observamos que para la gran mayoría de medidas que tendrían cabida dentro de la OEI se haría necesario, una vez recibidas por la fiscalía, que esta recabase autorización judicial. Recordemos que la D/OEI regula expresamente las intervenciones telefónicas, el traslado de detenidos para practicar diligencias, la cesión de datos de tráfico, la declaración de imputados o la adopción de medidas cautelares y que no será infrecuente que abarque otras diligencias como las entradas y registros domiciliarias. Obvio es recordar que, conforme a derecho español, todas estas diligencias expuestas como ejemplos exigen en nuestro país autorización judicial en casos internos similares. Para todas ellas, por tanto, el fiscal no podrá *asegurar la ejecución* de la OEI, que es como el artículo 2 d) D/OEI define a la autoridad de ejecución. El fiscal podría cursarla, como si de una autoridad central se tratase, pero no podría

⁷³³ Cfr. AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación fiscal*, Cizur Menor, 2015, pág.207.

⁷³⁴ Que no interrumpen la prescripción se explicita en la Circular 4/2013 de la FGE citando en apoyo de esta tesis la STS 867/2002 de 29 de julio, la reforma operada por la LO 5/2010 y la Circular 2/2012.

⁷³⁵ Cfr. AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación fiscal*, Cizur Menor, 2015, pág.145. Esta autora es de la opinión, que compartimos, que el fiscal no puede acordar medidas en protección de testigos o peritos.

acordar o denegar la ejecución de la orden. A la vista de esto parece más acorde a derecho y desde luego a principios como el de economía procesal, que la legislación española de implementación designe directamente y en todo caso al juez de instrucción como autoridad competente para la ejecución de la OEI en España.

Partiendo de la designación del juez como autoridad española de ejecución de la orden, conviene ahora detallar criterios que permitan regular la competencia objetiva y territorial en términos que favorezcan su operatividad práctica.

Entendemos que, con la excepción que se dirá relativa al traslado de detenidos, la competencia objetiva para la ejecución de la OEI debe recaer en el Juzgado de Instrucción y que éste deberá ser territorialmente competente en función del lugar donde deba practicarse la medida de investigación. Pero a semejanza de lo que ya ha hecho la LRM en relación con otros instrumentos de reconocimiento mutuo (sanciones pecuniarias, decomisos, embargos o el propio exhorto) debería contemplarse expresamente:

- Que si la OEI contiene en un mismo documento varias diligencias de investigación, el juez de instrucción que resulte competente para una de ellas y reciba el formulario asumirá la competencia para todas las demás, aunque sea necesario ejecutarlas fuera de su circunscripción;
- Que si el objeto sobre el que recae la diligencia de investigación cambia de ubicación una vez reconocida ya la OEI, la competencia se mantendrá inalterable.

La competencia territorial para las medidas de investigación bancaria cursadas a través de una OEI merece previsiones específicas. Si se pretende con la OEI la averiguación de las cuentas de que es titular una persona (art. 26 D/OEI) y ésta no tiene domicilio en España ni otros bienes en nuestro país, puede no existir criterio para su remisión a un concreto partido judicial (al desconocerse la sucursal en la que pudiera estar abierta la cuenta que se pretende localizar). Por ello, la atribución territorial en función de la sede social del banco puede ser de utilidad práctica a efectos de determinar la competencia del juzgado de instrucción llamado a ejecutar la medida.

Por otra parte, la atribución de competencia objetiva y territorial cuando con la OEI se pretende una medida de intervención de comunicaciones puede no resultar sencilla para el legislador español. Y se dice esto porque en la práctica el problema se plantea con las comisiones rogatorias tradicionales cuando no está claro el partido judicial concreto de residencia del imputado. En estos casos no es infrecuente que se presente y ejecute la comisión rogatoria en los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, sobre todo si la comisión rogatoria hace referencia a delitos que, bajo determinadas circunstancias, pueden ser competencia de dichos órganos judiciales, como los delitos contra la salud pública. Mantener esta competencia, sin embargo, no parece la solución óptima cuando se trate de ejecutar la OEI. En primer lugar, porque por las propias características competenciales de estos juzgados resulta aconsejable reservarlos a supuestos de delincuencia grave, que no tienen por qué coincidir con los casos en los que no se sabe dónde se ubica la persona cuyas intervenciones quieren intervenir. La configuración de estos juzgados como residuales va precisamente en contra de lo que justifica su existencia, su especialización en causas complejas. En segundo lugar, esta particularidad de las intervenciones (el posible desconocimiento de la ubicación del usuario) obligaría a distinguir entre órganos judiciales competentes para estas medidas

por contraposición al resto (en las que el territorio donde deben ejecutarse está perfectamente delimitado, porque allí se encuentre el domicilio a registrar, el lugar de la entrega vigilada o donde deba actuar el encubierto). Nos inclinamos, por tanto, a considerar deseable que el legislador español designe en todo caso como órganos competentes los Juzgados de Instrucción del domicilio del investigado y, si este no se conociera, los de la sede de alguna de las compañías que deba realizar la intervención.

Es también preciso pronunciarse sobre si los Juzgados Centrales de Instrucción deben ejecutar las órdenes europeas de investigación cuando las mismas se refieran a delitos para los que tienen competencia objetiva exclusiva, como los delitos de terrorismo. El legislador español en la LRM ha optado por prescindir de este criterio y, por citar sólo un ejemplo, atribuye en el artículo 111.2 LRM la competencia objetiva para ejecutar la resolución de medidas alternativas a la prisión provisional al Juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer correspondiente a la residencia del imputado, prescindiendo de que la causa penal por la que ha quedado sujeto a la medida alternativa fuese competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción en casos internos similares. Razones de coherencia aconsejan seguir ese mismo criterio para la OEI. Además, atribuir competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción podría generar situaciones dudosas, pues si bien estaría clara en todo caso para delitos de terrorismo, no lo estaría para muchas otras figuras delictivas, como los delitos contra la salud pública o las defraudaciones, que exigen el requisito de que se vean afectados una generalidad de personas o produzcan sus efectos en el territorio de más de una Audiencia (art. 88 y art. 65 LOPJ). Sería por tanto muy difícil trasladar este criterio a delitos cometidos en otro Estado miembro, como frecuentemente ocurrirá si la OEI la emite la autoridad de otro Estado y lo transmite a España únicamente a efectos de su ejecución.

Una matización exige también la competencia territorial en relación con la autorización a que se refiere el artículo 31 D/OEI respecto a intervención de comunicaciones cuando la asistencia técnica española no sea necesaria. En este caso no debe realizarse en nuestro territorio diligencia de investigación alguna, por lo que territorialmente competente no puede ser el juez de instrucción del lugar donde deba realizarse la medida. Habrá que reformular la competencia en el sentido de que lo sea el juez de instrucción del lugar de residencia de la persona cuyas comunicaciones serán o han sido objeto de intervención y si no tuviera domicilio en España, el del lugar correspondiente al comienzo de las intervenciones realizadas por el otro Estado miembro sin asistencia española.

Sólo en relación con una diligencia de investigación concreta, el traslado de detenidos, creemos que la competencia no debería recaer en todo caso en los juzgados de instrucción. En lo que concierne al traslado, las autoridades españolas serían autoridades de ejecución en dos supuestos distintos, que recomendaría que la atribución de competencia objetiva y territorial fuese distinta también:

a) En el caso de que el detenido se encuentre en otro Estado y deba ser trasladado a España para practicar en nuestro país una determinada diligencia de investigación (supuesto del art. 23 D/OEI) parece que el competente debería ser el Juzgado de Instrucción de cualquiera de los lugares donde deba ejecutarse la diligencia de investigación. Se mantendría, por tanto, la regla general por la que antes abogábamos.

b) Pero resulta más problemática la atribución de competencia al juez de instrucción cuando el detenido está en España y debe ser trasladado a otro Estado miembro, el de emisión, para practicar una diligencia de investigación en el territorio de éste último

(supuesto del art. 22 D/OEI). En este caso no parece que deba implicarse a ningún juzgado de instrucción, pues en España no se adoptará medida de investigación alguna. Por otra parte, el lugar donde esté privada de libertad la persona puede variar si el interno sufre algún cambio de centro penitenciario. Por ello, y por la necesidad de recabar información de distintos órganos judiciales que puedan tener en España al detenido a su disposición, consideramos que sería razonable centralizar la competencia. Creemos también que hacerlo en el Juzgado Central de lo Penal puede resultar coherente con lo que, para otros instrumentos de reconocimiento mutuo, ha hecho la LRM (artículo 64 LRM para PPL o artículo 95 para LV).

En todo caso es esencial que se incluya también la competencia del Juzgado Central de Menores o de los Juzgados de Menores respectivos, pues puede ocurrir que el privado de libertad objeto de traslado sea un menor de edad, siendo entonces razonable que la ejecución recaiga en los tribunales especializados.

2.2 El proceso de reconocimiento y ejecución de la OEI

2.2.1 Recepción del certificado, incoación del procedimiento y acuse de recibo

El proceso de reconocimiento de la OEI comienza con la recepción por la autoridad competente del Estado de ejecución del formulario previsto en el anexo A de la D/OEI, cuestión que se colige del propio artículo 5.1 D/OEI en relación con el artículo 7 D/OEI. De hecho, que el formulario esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto implica la imposibilidad de adoptar una resolución sobre el reconocimiento o la ejecución, obligando a la autoridad de ejecución a informar de ello a la autoridad de emisión [art. 16.2 a) D/OEI].

Con ocasión de la ficha de financiación relativa a la iniciativa de la D/OEI⁷³⁶ se puso de manifiesto las ventajas económicas que supone la existencia de un formulario obligatorio, ventajas que tienen su causa en la simplificación del procedimiento que supone este formulario. Se destaca que facilita a las autoridades de ejecución la comprensión de la solicitud, situación muy distinta de la vigente antes de la promulgación de la OEI, donde la variedad de impresos circulando entre los distintos Estados miembros, en ocasiones diferentes incluso aunque provengan de un mismo Estado, genera una dificultad considerable para las autoridades llamadas a ejecutarlos.

Especialmente importante en materia de documentación de la OEI es el régimen lingüístico. El artículo 5.2 D/OEI exige que cada Estado miembro indique cuál o cuáles de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea, *además* de su lengua oficial, aceptará. La traducción a esa lengua compete al Estado de emisión (art. 5.3 D/OEI).

Recordemos que en los demás instrumentos de reconocimiento mutuo cada Estado, actuando como Estado de ejecución, debía recibir el certificado o formulario en su lengua oficial, pudiendo declarar que los aceptaba en una o varias de las lenguas oficiales de las instituciones de la UE. Pero esta declaración era facultativa.

Las declaraciones de España con ocasión de la promulgación de la LRM no hacen referencia al idioma aceptado por nuestro país. Esta cuestión no es controvertida a la vista del tenor literal de la ley: el artículo 17 LRM es claro cuando exige que el certificado se reciba en español y, de no ser así, prevé que se devuelva a la autoridad de

⁷³⁶ Documento 9288/10 ADD 3 de 23 de junio de 2010.

emisión para que lleve a cabo la traducción. Hasta ahora, por tanto, España no había realizado la declaración (facultativa) aceptando también los formularios en otros idiomas oficiales de las instituciones de la UE.

La novedad de la D/OEI es que ahora es obligatorio hacer esta declaración, aunque, como destacamos en el capítulo anterior con ocasión del estudio de la emisión, idiomas oficiales de la UE son 24, si bien las instituciones de la UE – que es literalmente a lo que se refiere el precepto – tienen lenguas de trabajo específicas (normalmente inglés y francés) por lo que no resulta claro a qué se está refiriendo este precepto que ahora comentamos. Por otra parte, el considerando 14 D/OEI anima a los Estados miembros a que, cuando hagan una declaración sobre el régimen lingüístico, además de su lengua o lenguas oficiales, incluyan al menos *otra lengua de uso común* en la Unión.

Durante las negociaciones entre el Consejo y el Parlamento Europeo éste último propuso que la traducción a los idiomas oficiales de las instituciones de la Unión Europea no fuera obligatoria, sino que dependieran de las declaraciones que hicieran los Estados⁷³⁷. Sin embargo, como hemos visto se recogió en otros términos.

Que el formulario de la OEI se pueda recibir en España en inglés, en francés, en ambos o en otro de los 23 idiomas oficiales de la UE diferentes del español, supone un paso trascendental para dotar de auténtica eficacia a la cooperación judicial penal europea. Algunos proyectos desarrollados por la Comisión para la emisión y transmisión de mecanismos de asistencia legal mutua e instrumentos de reconocimiento mutuo, como el proyecto E-codex⁷³⁸ - que configura una plataforma segura en la que las autoridades judiciales están interconectadas, permitiendo a través de ella la emisión y la transmisión de solicitudes - se encuentran en nuestro país con el obstáculo insoslayable de que la emisión debe hacerse en inglés, pues supera las posibilidades reales de cualquier proyecto que la plataforma habilite a emitir la pluralidad de instrumentos vigentes para la cooperación europea en todos los idiomas de la UE. Sin embargo, la emisión en inglés, pero sobre todo la ejecución directa del recibido en España en este idioma, no tiene hoy día amparo legal en nuestro ordenamiento jurídico a la vista de la redacción dada al artículo 7.3 y al artículo 17 LRM. La cuestión es si a partir de la implementación de la D/OEI, y en virtud de las declaraciones que haga España, será posible que la tenga, posibilitando por tanto la participación plena de las autoridades judiciales españolas en este tipo de proyectos.

Hemos de reconocer, lamentablemente, que la recepción de la OEI en otro idioma diferente del español no necesariamente agilizará la cooperación española, pues obligará a que los respectivos servicios de traducción de las Administraciones Públicas con competencia en Justicia realicen la traducción. Esto conllevará sin duda la ralentización de la respuesta, además de un nada desdeñable incremento de coste para el erario público español. Con este cambio sustancial en el régimen idiomático la D/OEI parece partir de un escenario que todavía hoy no es real entre nuestras autoridades judiciales españolas y, hasta donde conocemos, de otros muchos Estados miembros: aquella situación en la que las autoridades conocen suficientemente otras lenguas europeas como para poder trabajar sin dificultad en otro idioma. En el caso español, país receptor por antonomasia de muchas más peticiones de cooperación internacional que las que emite, el coste de estas traducciones será importante y, mucho nos tememos, supondrá, en la práctica, una merma de la eficacia de este instrumento.

⁷³⁷ Documento 9747/1/13 REV 1 de 29 de mayo 2013.

⁷³⁸ Hicimos referencia a este proyecto en el capítulo I de esta investigación.

Recibido el formulario, y en su caso traducido, deberá incoarse el correspondiente procedimiento para su reconocimiento y ejecución. En el EEP ya destacamos que la LRM no contempla qué tipo de procedimiento debe incoar la autoridad de ejecución al recibir el instrumento de reconocimiento mutuo. Esta es una de las cuestiones que consideramos pueden y deben ser subsanadas con ocasión de la implementación de la D/OEI, de modo que del propio tenor literal de la ley se desprenda que debe incoarse un procedimiento especial: el regulado en la LRM para la ejecución del instrumento concreto de que se trate.

Si la autoridad que recibe la OEI no tiene competencia para su ejecución la solución facilitada por el artículo 7.6 D/OEI es idéntica a lo ya previsto para los demás instrumentos de reconocimiento mutuo: deberá transmitirla de oficio a la autoridad de ejecución competente y notificarlo a la autoridad de emisión. Ya mencionamos también que la cuestión que suscita esta previsión es si se refiere sólo a casos en los que la autoridad competente lo es del mismo Estado miembro que la receptora o si se refiere incluso a que se remita la OEI de oficio a la autoridad que pudiera ser competente para su ejecución pero en otro Estado miembro. Nos inclinamos por la primera interpretación, que tendría cabida en la previsión general del art 16.2 LRM.

Otra importante novedad de la D/OEI es que es obligatorio acusar recibo tras la recepción del certificado (art. 16.1 D/OEI). Deberá hacerse de conformidad con las siguientes estipulaciones:

- En el formulario obligatorio establecido en el anexo B de la D/OEI;
- Sin demora, en cualquier caso en el plazo máximo de una semana después de su recepción;
- Tanto por la autoridad central (si existiere) como por la autoridad de ejecución que reciba la OEI de la autoridad central o directamente de la autoridad de emisión;
- Tanto por la autoridad que recibe inicialmente la OEI a pesar de carecer de competencia como por la autoridad de ejecución a la que se transmite finalmente la OEI si la primera de las autoridades no fuese competente.

Que con la D/OEI se haya estandarizado un formulario común de acuse de recibo nos parece un gran acierto del legislador europeo. No existe algo similar para los demás instrumentos de reconocimiento mutuo, donde se prevé que se acuse recibo pero no se facilita un documento común a través del cual hacerlo. Su utilidad creemos está fuera de toda discusión: el hecho de que el formato sea el mismo para todos los Estados miembros evita traducciones innecesarias (pues está disponible, como anexo B de la D/OEI, en todos los idiomas de la UE) y simplifica su comprensión, dado que el formato único permite que se familiaricen con él todas las autoridades del espacio europeo. Que además se haya fijado un plazo máximo de una semana para acusar recibo no es sino otra utilidad extraordinaria que, de cumplirse, redundará en una mejora notable de la cooperación, pues muchas veces el reto es hacer el seguimiento a las peticiones internacionales de asistencia.

Este formulario B es novedoso no sólo en relación con los demás instrumentos de reconocimiento mutuo, también respecto de las peticiones de asistencia convencional dentro de la UE. La Acción Común de 29 de junio 1998, aprobada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre buenas prácticas en la asistencia legal mutua en materia penal⁷³⁹, adoptó un

⁷³⁹ DOUE L 191 de 7 de julio de 1998.

formulario común para acuse de recibo. Pero el mismo no era obligatorio y, de hecho, su utilización en la práctica puede calificarse de bastante limitada, cuando no de excepcional.

2.2.2 Régimen jurídico de la ejecución de la OEI

El principio que inspira todo el proceso que deberá seguirse en España tras la recepción de la OEI viene previsto en la directiva: deberá reconocerse la OEI sin requerir otra formalidad, asegurándose de que se ejecute de la misma manera y en las mismas circunstancias que si la medida de investigación de que se trate hubiera sido acordada por una autoridad del Estado de ejecución (art. 9.1 D/OEI). También dispone la directiva que la autoridad de ejecución deberá asegurar la ejecución de la OEI “de conformidad con la D/OEI y con los procedimientos aplicables en un caso interno similar” que pueden incluso requerir autorización judicial [art. 9.2 d) D/OEI]. Por su parte, resulta obligado observar las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión salvo que la directiva disponga lo contrario o que hacerlo sea contrario a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución (art. 9.2 D/OEI). De la conjunción de estos tres preceptos se concluye que la ejecución será un proceso regido por un triple parámetro:

- a) *De conformidad con la D/OEI*: esto supone que deberá aplicar las causas de denegación, sustitución o aplazamiento previstas en la norma europea.
- b) *Seguir los procedimientos aplicables en un caso interno similar*: esto conlleva velar porque la legislación del Estado de ejecución, en este caso la ley española, se cumpla (aplicación de la *lex loci*).
- c) *Respetar los procedimientos y formalidades* indicados por la autoridad de emisión, con las salvedades expuestas: esto permite que entre en aplicación la *lex fori*.

Por otra parte, en el procedimiento regulado en la D/OEI apreciamos una mayor diferenciación entre el proceso de decisión sobre el reconocimiento y el de decisión sobre la ejecución. Ejemplo de esto es que la autoridad de ejecución puede decidir reconocer la OEI y declarar a continuación que no puede ejecutarla. Esta situación tiene reflejo en diferentes preceptos de la D/OEI:

- a) Imposibilidad de ejecución: si la medida no existe en el derecho nacional del Estado de ejecución o no existe para un caso similar y no hay ninguna otra medida distinta que tenga el mismo resultado, la autoridad de ejecución deberá notificar a la autoridad de emisión que no ha sido posible proporcionar la asistencia requerida (art. 10.5 D/OEI). No es un caso de denegación del reconocimiento o de la ejecución (cuyas causas tasadas vienen recogidas en el art. 11 D/OEI), sino un supuesto de reconocimiento de la OEI con imposibilidad de ejecución de la medida.

Así se explicitaba en la propuesta británica que introdujo esa cláusula⁷⁴⁰, que fue finalmente aprobada en esos mismos términos.

- b) Desacuerdo con la autoridad de emisión: cuando, habiéndose recogido en la OEI una diligencia de investigación en la que resulta necesario alcanzar un acuerdo (acuerdo que puede versar, por ejemplo, sobre las disposiciones prácticas en relación con la entrega vigilada - art. 28.2 D/OEI - o sobre el traslado de detenidos - art. 22.5 D/OEI -) si el acuerdo no se logra, no se ejecutará la medida. No es tampoco un caso de denegación

⁷⁴⁰ Documento 8411/11 de 30 de marzo de 2011.

del reconocimiento o de la ejecución. De hecho, en materia de investigaciones encubiertas sí se contempla como específica causa de denegación de la ejecución que el acuerdo no se alcance [art. 29.3.b) D/OEI], por lo que en el resto de las diligencias de investigación debemos concluir que, al no estar previsto expresamente, el tipo de resolución que debe dictarse por la autoridad de ejecución no es propiamente de denegación de la ejecución, sino de imposibilidad de hacerlo tras haber reconocido la OEI.

La decisión, por otra parte, también puede consistir en reconocer la OEI pero aplazar su ejecución (porque los dos supuestos de aplazamiento previstos en el artículo 15 D/OEI entendemos que lo que paralizan es la ejecución de la OEI, no su reconocimiento⁷⁴¹). Estos supuestos son:

- Que su ejecución perjudique una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que el Estado de ejecución lo considere razonable;
- Que los objetos, documentos o datos de que se trate estén siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin.

La obligación de informar a la autoridad de emisión de la existencia de una causa de aplazamiento está regulada en el artículo 16.3.b de la D/OEI. Por otra parte, al cesar la causa deberá ejecutarse la OEI e informar de ello a la autoridad de emisión (art. 15.2 D/OEI).

Desde la perspectiva legislativa española, los principios inspiradores de las actuaciones que deberán llevarse a cabo por nuestras autoridades cuando reciban una OEI no necesitarán de especial trasposición, pues el contenido de la directiva sobre este particular es prácticamente coincidente con el previsto con carácter general para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo en la LRM, concretamente en su artículo 16.1.

Ahora bien, en cuanto al trámite específico, consideramos especialmente conveniente que la legislación española de implementación contemple un trámite previo de audiencia al fiscal - en su caso también a las demás partes personadas, salvo que el procedimiento esté declarado secreto o pueda comprometer el buen fin de la investigación - para que se pronuncien sobre si procede el reconocimiento y la ejecución o si procede su denegación, así como los términos en que debe llevarse a cabo⁷⁴². Este traslado previo está previsto en la LRM para la ejecución de varios instrumentos de reconocimiento mutuo, aunque no para todos⁷⁴³, cuando su utilidad es idéntica y de

⁷⁴¹ Así lo destacó también el Senado italiano con ocasión del traslado de la propuesta de directiva de OEI que le fue transmitida, enfatizando que son dos fases diferentes, una de reconocimiento (donde debe existir un pronunciamiento judicial relativo al análisis de la emisión de la OEI, autorizando su ejecución) y la de ejecución, que es la que puede ser pospuesta (documento 8055/11 de 22 de marzo de 2011).

⁷⁴² Este trámite de audiencia previa hubo quien consideró que debía exigirse en la propia D/OEI, sin diferirlo a la legislación nacional de implementación. Al respecto, JUSTICE, “Briefing on the European Investigation Order. For Council and Parliament. August 2010” disponible en <http://www.statewatch.org/news/2010/aug/eu-justice-briefing-eio.pdf>

⁷⁴³ Art. 51 LRM en relación con la orden europea de detención y entrega; art. 81.1 LRM para la ejecución de penas o medidas privativas de libertad; art. 103.1 LRM en relación con resoluciones de libertad vigilada; art. 138.1 LRM con la OEP; art. 167.2 LRM para el decomiso; art. 181.2 LRM en relación con sanciones pecuniarias; no lo está, sin embargo, para el instrumento de medidas alternativas a la prisión provisional.

importancia, dado que permite disponer al juez de mayor información sobre la concurrencia o no de causas de denegación, evitando, en su caso, ulteriores recursos⁷⁴⁴.

Una vez decidido el reconocimiento de la OEI, la autoridad de ejecución deberá pronunciarse sobre si ejecutará la misma medida que contiene la OEI o si procederá a su sustitución por otra medida distinta. La sustitución, como vimos en el capítulo VII, tiene características distintas según la causa que la motive y así deberá ser trasladado a la legislación española de implementación:

a) La regla general es que la autoridad de ejecución *puede* siempre optar por una medida distinta que sea menos invasora de la intimidad, si con ella se consigue el mismo resultado que con la recogida en la OEI (art. 10.3 D/OEI).

b) Asimismo, *deberá sustituirla* si la medida no está prevista en el Derecho del Estado de ejecución o no lo está para un caso similar (art. 10.1 D/OEI), salvo que se trate de alguna de las medidas privilegiadas que se recogen en el artículo 10.2 D/OEI. Estas medidas privilegiadas tendrán que ser objeto de expresa mención en el texto legal español, especialmente en lo que a la fase de ejecución se refiere, pues es donde jugará todo su privilegio. Es importante no sólo que se mencione el mismo en relación con la sustitución, también por la limitación que presentan de las causas de denegación.

En ambos casos de sustitución, el procedimiento regulado en la directiva exige dos trámites:

- 1º) Una consulta previa cuando la sustitución tiene su fundamento en que dude del respeto a las condiciones exigidas para la emisión de la OEI (art 6.3 D/OEI).
- 2º) Acordada la sustitución de la medida, deberá informar a la autoridad de emisión [art. 16.3 a) D/OEI] y hacerlo con carácter previo a su ejecución. La autoridad de emisión entonces podrá decidir retirar o completar la OEI (art. 10.4 D/OEI).

El informe explicativo de la propuesta vinculaba este deber de información a la admisibilidad de la prueba que se obtendría a través de la nueva medida, la elegida por la autoridad de emisión. De este modo, la comunicación previa sirve para asegurarse de que la nueva medida no tendrá consecuencias inesperadas en la investigación, especialmente en cuanto a la admisibilidad de las pruebas y en relación con los resultados que deben lograrse⁷⁴⁵.

En caso de que ejecute la medida de investigación específicamente recogida en la OEI la autoridad judicial española de ejecución deberá decidir si respeta las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión (art. 9.2 D/OEI). Viene en principio obligada a ello, salvo que la D/OEI disponga lo contrario y siempre que los mismos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución. Si se comprueba que no puede cumplir con las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión deberá informarle al respecto [art. 16.2.c) D/OEI].

⁷⁴⁴También es partidario de este informe previo JIMÉNEZ-VILLAREJO que lo considera muy recomendable a fin de valorar la legalidad y el impacto de las medidas solicitadas, así como su necesidad, cfr. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa (ARANGÜENA FANEKO Coord.)*, Granada, 2011, pág.203.

⁷⁴⁵ Documento 9288/10 de 3 de junio de 2010.

Las formalidades o procedimientos que no podrían ser respetados por las autoridades españolas de ejecución son aquellos que afecten a derechos fundamentales, como que se exigiera al imputado que preste juramento de decir verdad durante su declaración.

En la ejecución de comisiones rogatorias en las que se pide el respeto a estos procedimientos y formalidades (al amparo del art. 4 CUE/2000) observamos que en la práctica se trata de cuestiones de carácter menor, relativas por ejemplo a que si un testigo aporta documentación se debe hacer constar sus iniciales en los distintos documentos y, tras ellas, una numeración correlativa, formalidad ésta que suele ser solicitada en las peticiones procedentes de Inglaterra y Gales.

Merece un especial detenimiento, por su importancia y por la mejora que supone en relación con la regulación contenida en el EEP, la previsión del artículo 16.2.b) D/OEI sobre la ejecución de diligencias de investigación no contenidas en la OEI pero cuya conveniencia se aprecia de oficio por la autoridad de ejecución. En estos casos, la autoridad de ejecución tiene obligación de informar a la autoridad de emisión si considera, en el curso de la ejecución de la OEI y sin haber realizado otras averiguaciones, que puede ser oportuno llevar a cabo medidas de investigación no previstas en un principio o que no podían detallarse cuando se expidió la OEI. La finalidad de esta obligación de información es que la autoridad de emisión pueda adoptar estas nuevas medidas, y sólo tras su adopción podrán ser reconocidas y ejecutadas por la autoridad de ejecución. Con esta regulación ya no se confiere a la autoridad de ejecución una facultad cuasi-instructora, como ocurría en el EEP, sino que se respeta el propio funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo: sólo puede ejecutarse por la autoridad de ejecución aquello que ha sido previamente adoptado por la autoridad de emisión. Es importante que en estos términos, no en otros, se traslade a la legislación española de implementación.

Finalmente, otro apunte *lege ferenda*: consideramos que todas estas decisiones sobre el reconocimiento, la ejecución y sobre los términos en que debe ser llevada a cabo deben ser adoptadas por el juzgado mediante auto debidamente motivado y que la legislación española de implementación debería exigirlo expresamente.

2.2.3 Procedimiento específico para determinadas medidas de investigación

El procedimiento de reconocimiento y ejecución de determinadas medidas específicas de investigación que regula la D/OEI implica *per se* que la legislación española de implementación prevea unos trámites específicos.

En general, es habitual que deba iniciarse un procedimiento de consulta con la autoridad de emisión para dilucidar si hay acuerdo en relación con las condiciones en las que se ejecutará la diligencia de investigación de que se trate cuando así lo prevea la directiva. Estas consultas están previstas en el traslado de detenidos (art. 22 y art. 23 D/OEI), para la comparecencia por medios técnicos o telefónicos (art. 24 y art. 25 D/OEI) y para la obtención de prueba en tiempo real (art. 28 D/OEI), especialmente en el caso de investigaciones encubiertas (art. 29 D/OEI, dado que no alcanzar el acuerdo constituye causa de denegación en este supuesto).

Otros trámites procedimentales específicos dependerán de determinadas decisiones que adopte nuestro legislador dentro del margen que al legislador nacional le reserva la directiva. Veámoslos, de forma separada, para las diversas medidas en que son posibles:

1) En el caso del traslado de detenidos, es una causa facultativa de denegación que no consienta el traslado el afectado. El hecho de que se configure con carácter opcional

permite al legislador español decidir: a) que requerirá este consentimiento en todo caso; b) que no requerirá nunca este consentimiento; c) que se oirá al detenido pero que la decisión final corresponderá caso por caso al juez encargado de ejecutar la OEI. Lógicamente en función de estas decisiones legislativas deberá regularse en la ley española la existencia o no de este trámite para recabar el consentimiento o la opinión del detenido.

2) En idéntico sentido habrá que proceder en el caso de comparecencia por medios técnicos y audiovisuales del investigado o del acusado (art. 24 D/OEI). Si el legislador español decide que nunca podrá oírse al acusado por videoconferencia deberá establecerlo así en la ley de implementación, lo que hará innecesaria cualquier otra previsión. Pero si lo hace depender de la voluntad del acusado o incluso del mero investigado deberá conferir un trámite para recabar este consentimiento.

3) En relación con el traslado de detenidos que se encuentren en España a otro Estado, el de emisión, para que participen en alguna diligencia de investigación en ese territorio (art. 22 D/OEI), requiere un trámite adicional por parte del órgano judicial encargado de esta decisión, que a nuestro juicio debiera ser el Juzgado Central de lo Penal (y en su caso el Juzgado Central de Menores). Será preciso valorar si el traslado supondrá una prolongación de su detención (porque será una causa de denegación de la ejecución en España de este tipo de OEI) y asegurarse de que ningún órgano judicial español requerirá la presencia del detenido para una actuación judicial durante el tiempo que el detenido se ausente de nuestro territorio (que constituiría una causa de aplazamiento de la ejecución de las previstas en el art. 15 D/OEI). Nos referimos, por ejemplo, a cerciorarse de que no tiene señalamientos pendientes en esa fecha, pues de otro modo, en mor a la ejecución de la OEI, se estaría perjudicando una causa penal española. Exige, en consecuencia, un especial deber de coordinación de nuestros tribunales.

4) La ejecución de la comparecencia por medios técnicos exige de las autoridades españolas de ejecución un especial deber de notificación e información previa de derechos conforme a la legislación del Estado de emisión (art. 24.5 D/OEI) que deberá recogerse expresamente en la ley española. También es necesario que se prevea qué autoridad judicial española deberá estar presente durante la ejecución de esta videoconferencia. Creemos que en este particular habrá que distinguir en función de los distintos cometidos que prevé la D/OEI: identificar a la persona que deba declarar sólo puede corresponder al letrado de la Administración de Justicia, a quien también debe corresponder levantar acta de conformidad con las previsiones especiales del artículo 24.6 D/OEI; en cambio, velar por el respeto a los principios fundamentales del Derecho español debe reservarse al juez de instrucción.

5) La medida del artículo 31 D/OEI, relativa a que se reciba en España una notificación sobre la realización de intervención de comunicaciones sin asistencia técnica por parte española, deberá ser objeto también de especial tratamiento, pues competirá a la autoridad española de ejecución autorizar o no la intervención o el uso del posible material ya intervenido, y todo ello en el plazo de 96 horas fijado en dicho precepto.

6) La ejecución de la medida cautelar de aseguramiento del elemento probatorio también requerirá de unas previsiones específicas, que en este caso podría hacerse por remisión a los correspondientes artículos del título VII LRM⁷⁴⁶.

2.2.4 Plazos

El artículo 12 D/OEI establece el principio general de que la ejecución de la OEI deberá llevarse a cabo con la misma celeridad y prioridad que en casos internos similares y en cualquier caso dentro de los siguientes límites temporales:

- La adopción de la resolución sobre el reconocimiento o la ejecución deberá tener lugar a más tardar en los 30 días siguientes a la recepción de la OEI por la autoridad de ejecución competente; de no resultar posible, se podrá prorrogar este plazo por un máximo de otros 30 días, exigiendo el artículo 12.5 DOEI que se informe a la autoridad de emisión de esta circunstancia y de las razones de la demora, comunicando asimismo el plazo estimado que se necesite para adoptar la resolución.
- La medida de investigación deberá practicarse a más tardar en los 90 días después de adoptar la resolución sobre el reconocimiento; también en este caso se prevé que de no poder respetarse este límite temporal se informe sin demora a la autoridad de emisión, explicando las razones del retraso y consultándole sobre el plazo adecuado – se entiende máximo – para llevar a cabo la medida (art. 12.6 D/OEI).

En el informe explicativo de la propuesta de D/OEI se destacaba la trascendencia de haber incluido como obligación legal que la ejecución se lleve a cabo con la misma celeridad y prioridad que casos nacionales similares, principio novedoso que se veía complementado por la fijación de plazos máximos.

Existe también la posibilidad de que los plazos sean más breves cuando la autoridad de emisión lo solicite debido a plazos procesales, a la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes (art. 12.2 DOEI). Con base en lo establecido en este mismo artículo, la autoridad de ejecución deberá cumplir, en la medida de lo posible, con la indicación realizada por la autoridad de emisión de que la medida de investigación se lleve a cabo en una fecha concreta.

Que la autoridad de emisión especifique un día concreto para la ejecución de la medida recogida en la OEI tiene una importante utilidad práctica, siendo frecuente que así se solicite en las comisiones rogatorias tradicionales cuando es necesario coordinar diligencias de investigación – por ejemplo entradas y registros o detenciones– en varios Estados miembros para su ejecución simultánea.

Por otra parte, estos plazos generales se reducen en la D/OEI para algunas de las medidas de investigación reguladas con carácter especial en la directiva. Es el caso de la adopción de medidas cautelares, que exige que la decisión, siempre que sea viable, se adopte dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la orden (art. 32 D/OEI). Para las intervenciones sin asistencia técnica del Estado de ejecución el plazo para la autorización o para el cese de la intervención es de 96 horas (art. 31 D/OEI).

⁷⁴⁶ Por ejemplo, al artículo 151 LRM – procedimiento –; artículo 152 LRM – medidas de cumplimiento del aseguramiento cautelar –; artículo 153 LRM – duración – o artículo 155 LRM – comunicación de la imposibilidad por desaparición o por no haber sido encontrados –.

El principio general de equivalencia en los plazos con los casos nacionales y todos estos márgenes temporales, generales y especiales, deberán ser recogidos en la legislación española de implementación.

2.2.5 Traslado de la prueba

Ejecutada la OEI en España, procederá trasladar la prueba al Estado de emisión. A la regulación de esta cuestión se dedica el artículo 13.1 D/OEI, que establece el principio rector de que se trasladarán *sin demora indebida*. Al hacerlo, deberá indicarse si la autoridad de ejecución solicita que se devuelva la prueba tan pronto como deje de necesitarla el Estado de emisión (art. 13.3 D/OEI).

Se contempla asimismo la posibilidad de acordar un traslado temporal de la prueba recabada. En este punto el artículo 13.4 D/OEI estipula que cuando los objetos, documentos o datos de que se trate sean relevantes respecto de otros procedimientos, la autoridad de ejecución - previa petición expresa y tras las oportunas consultas con la autoridad de emisión- podrá trasladar temporalmente las pruebas con la condición de que se devuelvan al Estado de ejecución tan pronto como el Estado de emisión deje de necesitarlas o en cualquier momento u ocasión convenidos entre las autoridades competentes.

El traslado puede suspenderse, *ex* artículo 13.2 D/OEI, sólo en un supuesto: cuando se haya interpuesto un recurso. Es, por tanto, una facultad, no es un efecto automático del hecho de que se interponga recurso. A continuación añade el precepto que podrá acordarse el traslado incluso aunque haya sido recurrida la ejecución si en la OEI se indican razones suficientes que justifiquen que es indispensable un traslado inmediato para el adecuado desarrollo de la investigación o para preservar los derechos individuales. Parece por tanto excepcional que no se acuerde la paralización del traslado, estableciendo además un límite infranqueable: que con el traslado se cause un daño grave e irreversible a la persona interesada⁷⁴⁷.

Sin duda es un problema que deberá resolverse caso por caso, manteniendo un delicado equilibrio entre las razones prácticas y la efectividad del recurso. El problema de suspender el traslado por el hecho de que se haya interpuesto un recurso es que privará de virtualidad a una de las mayores utilidades que reporta autorizar la presencia de autoridades del Estado de ejecución en el Estado de emisión: que éstas trasladen la prueba. Frecuentemente en la asistencia convencional cuando se autoriza la presencia de funcionarios policiales del Estado requirente se autoriza también que se lleven consigo los elementos probatorios incautados en España durante la ejecución de la solicitud de cooperación internacional, ganando tiempo y evitando costes adicionales.

⁷⁴⁷ Hubo quien abogó por que con carácter previo al traslado se diera en todo caso audiencia al afectado, para que éste pudiera poner de manifiesto lo que a su derecho interesase sobre la prueba obtenida. Este tipo de alegaciones no siempre será posible hacerlas ante el Estado de emisión, que puede no cuestionarse cómo la prueba ha sido obtenida en el Estado de ejecución confiando en que se ha hecho legalmente. JUSTICE, “Briefing on the European Investigation Order. For Council and Parliament. August 2010” disponible en <http://www.statewatch.org/news/2010/aug/eu-justice-briefing-eio.pdf>

3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO O DE LA EJECUCIÓN

Tanto en la DM/EEP como en la D/OEI se contemplan un conjunto de causas de denegación del reconocimiento o de la ejecución de estos instrumentos. En las siguientes líneas analizaremos dichas causas, la oportunidad de su inclusión como causas de denegación y su significado, empezando por aquellas que son comunes para finalizar con las específicas de cada texto normativo.

Ninguno de los dos instrumentos distingue entre causas de denegación del reconocimiento y causas de denegación de la ejecución, aglutinándolas ambas normas en una misma relación. Otra característica común de la DM/EEP y de la D/OEI es que las causas de denegación vienen siempre configuradas como facultativas, cuestión que, como apunta BACHMAIER, favorece el reconocimiento mutuo pero también genera inseguridad jurídica, pues no será infrecuente que autoridades de un mismo Estado tengan respuestas dispares ante situaciones análogas⁷⁴⁸.

Interesa destacar, eso sí, que el número de causas de denegación de que partía la propuesta de OEI era mucho más limitado (concretamente, quedaba reducido a cuatro motivos) pero desde un primer momento se analizó la conveniencia de introducir en la D/OEI algunas de las causas de denegación que venían siendo habituales en otros instrumentos de reconocimiento mutuo.

Durante gran parte de las negociaciones se optó por vincular los motivos de denegación a las diversas categorías de medidas en función de la coerción que las mismas implicaban. Se configuraron así cuatro categorías⁷⁴⁹:

- a) Medidas cuyo grado de intrusión es menor, como la obtención de pruebas que ya obren en poder de la autoridad de ejecución. Su ejecución debería ser lo más automática posible.
- b) Medidas coercitivas pero habituales en todos los Estados miembros, como las entradas y registros. Sus similitudes en los diferentes Estados permitían que se limitaran los motivos de denegación.
- c) Medidas menos habituales, donde los motivos de denegación debían tener en cuenta la posibilidad de que pudieran no existir en todos los Estados miembros o no aplicarse a infracciones de gravedad comparable.
- d) Medidas con mayor grado de invasión de la intimidad, como las intervenciones telefónicas. Se podrían denegar si no hubieran sido autorizadas en un caso nacional equivalente.

Al hilo de este enfoque la Presidencia presentó una propuesta que partía de una doble distinción:

-Medidas no coercitivas y audiencias (a testigos, imputados, peritos): para éstas no se añadirían motivos de denegación.

-Medidas coercitivas: sí se añadirían motivos de denegación, como la doble tipicidad de la conducta, la autorización en un caso nacional semejante, que la medida no exista en el derecho del Estado de ejecución o que su aplicación esté limitada a una lista o categoría de infracciones. No obstante, la doble tipicidad y la autorización en un caso similar no serán motivos de denegación cuando la ejecución de la medida

⁷⁴⁸ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012.

⁷⁴⁹ Documento 15531/10 de 29 de octubre de 2010.

coercitiva afecte a infracciones que están exentas de este control de doble tipificación⁷⁵⁰.

Eurojust tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión y al respecto señaló que, desde una perspectiva práctica, basar los motivos de denegación en diferentes categorías de medidas dependiendo de su grado de coerción resultaba artificial y complejo de aplicar⁷⁵¹.

Las negociaciones sobre las causas de denegación de la OEI dieron lugar a la inclusión de algunas de ellas (incluido el *ne bis in idem*, la territorialidad o la doble tipificación de la conducta) y la exclusión definitiva de otras. Es por ejemplo el caso de la edad, que viene configurada como causa de denegación en un gran número de instrumentos de reconocimiento mutuo y sin embargo no se contempla en los relativos a la obtención de prueba. Esta cuestión se debatió, discutiéndose si tendría cabida dentro de la relativa a inmunidad y también si no debería prescindirse de ella. En esta línea se alegaba, por ejemplo, que la prueba que pretendiera recabarse con la OEI podría ser exculpatoria, y, consecuentemente, beneficiosa para el menor⁷⁵².

Es importante destacar que no viene regulada expresamente la posible decisión de denegación parcial de la ejecución, no obstante, en el caso de la D/OEI se permite que multitud de medidas se recojan en un único instrumento; por lo tanto no es improbable que las autoridades españolas de ejecución consideren que procede la ejecución parcial de la OEI, denegando el reconocimiento o la ejecución del resto. Ni la D/OEI ni tampoco en la DM/EEP o la LRM en relación con los instrumentos de reconocimiento mutuo implementados en España tratan esta posibilidad⁷⁵³. Parece necesario, sin embargo, que la legislación española de implementación, al menos en lo que a la D/OEI se refiere, sí la tenga en cuenta, que siempre será más favorable al reconocimiento que la denegación total de la ejecución.

3.1 Causas de denegación comunes al EEP y a la OEI

3.1.1 Doble tipificación de la conducta

3.1.1.1 La regulación de la doble tipificación de la conducta en los instrumentos de reconocimiento mutuo

Que la conducta que da lugar al procedimiento en el Estado de emisión sea delito en el Estado de ejecución, de modo que de no serlo el reconocimiento puede ser denegado, es una exigencia abordada por el legislador europeo de manera diferente en cada instrumento de reconocimiento mutuo (como anunciamos en el capítulo V).

En algunos, como la orden europea de protección, la doble tipificación se exige siempre, de modo que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de orden de protección a la víctima si los hechos que motivaron que se acordara en el otro Estado miembro no constituyen delito en el Estado donde la protección tiene que ejecutarse [art. 10.1 c) D/OEP]. Esta causa se ha configurado como imperativa por el legislador español [art. 20.3 y art. 140.1.b) LRM].

⁷⁵⁰ Documento 16868/10 de 26 de noviembre de 2010.

⁷⁵¹ Documento 6814/11 de 4 de marzo de 2011.

⁷⁵² Documento 12201/10 de 20 de julio 2010.

⁷⁵³ Salvo en lo que se refiere a PPL, dado que el artículo 80 LRM contempla la ejecución parcial de la condena.

En otros, como la orden europea de detención y entrega, el instrumento de penas privativas de libertad, el de libertad vigilada, el de medidas alternativas a la prisión provisional, el de embargo preventivo y aseguramiento de prueba y el de decomiso, se puede denegar el reconocimiento por ausencia de doble tipificación de la conducta (artículo 32.2 LRM) pero con una excepción, que requiere a su vez que se den conjuntamente dos requisitos, relativos al tipo de infracción y a la pena con la que viene castigada la conducta:

a) Tipo de infracción: según la legislación del Estado de emisión, la infracción que dio lugar a la resolución debe poder encuadrarse en determinadas categorías delictivas (recogidas en el listado del artículo 20.1 LRM).

En todos los certificados o formularios de los instrumentos de reconocimiento mutuo se recoge el listado de categorías de delito que eximen de este control, permitiendo que la autoridad de emisión marque una casilla del listado para evitar que entre en juego el control de doble tipificación de la conducta en el análisis que realice la autoridad de ejecución. Las categorías delictivas privilegiadas con la exención del control de doble tipificación de la conducta son las siguientes:

1. Pertenencia a una organización delictiva.
2. Terrorismo.
3. Trata de seres humanos.
4. Explotación sexual de menores y pornografía infantil.
5. Tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas.
6. Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos.
7. Corrupción.
8. Fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.
9. Blanqueo de los productos del delito.
10. Falsificación de moneda.
11. Delitos informáticos.
12. Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas.
13. Ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal.
14. Homicidio voluntario y agresión con lesiones graves.
15. Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos.
16. Secuestro, detención ilegal y toma de rehenes.
17. Racismo y xenofobia.
18. Robos organizados o a mano armada.

19. Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte.
20. Estafa.
21. Chantaje y extorsión de fondos.
22. Violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías.
23. Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos.
24. Falsificación de medios de pago.
25. Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.
26. Tráfico ilícito de materias nucleares o radiactivas.
27. Tráfico de vehículos robados.
28. Violación.
29. Incendio provocado.
30. Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.
31. Secuestro de aeronaves y buques.
32. Sabotaje.

b) Umbral punitivo: el delito encuadrado en esta categoría tiene, además, que estar castigado en la legislación del Estado de emisión con una pena o medida privativa de libertad como máximo de al menos tres años. Así se establece expresamente en la normativa concreta de cada instrumento de reconocimiento mutuo⁷⁵⁴.

En otros instrumentos, concretamente en el de sanciones pecuniarias, se amplían las categorías delictivas, incluyendo las siguientes y sin que sea necesario alcanzar umbral punitivo alguno (art. 5 DM/SP - art. 20.2 y art. 180.1 LRM):

- Conducta contraria a la legislación de tráfico, incluidas las infracciones a la legislación de conducción y de descanso y a las normas reguladoras de transporte de mercancías peligrosas.
- Contrabando de mercancías.
- Infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial.
- Amenazas y actos de violencia contra las personas, incluida la violencia durante los acontecimientos deportivos.
- Vandalismo.
- Robo.

⁷⁵⁴ En la OEDE: art. 2.2 DM/OEDE –art. 47.1 LRM; en PPL: art. 7.1 DM/PPL-art. 77.2 LRM); en LV: art. 10.1 DM/LV-art. 101.1 LRM; en MA: art. 14.1 DM/MA –art. 121.1 LRM; en D: art. 6.1 DMD-art. 166.2 LRM y en EPYAP: art. 3.2 DM/EPYAP –art. 150 LRM.

- Infracciones establecidas por el Estado de emisión en virtud de normas comunitarias.

La crítica más importante en relación a la exención del control de doble tipificación de la conducta es la que hace referencia al presupuesto para que la exención despliegue sus efectos y que la doctrina más autorizada⁷⁵⁵ viene repitiendo desde la promulgación de la DM/OEDE: la ausencia de armonización en la UE de la conducta punible encuadrable en cada categoría que permite esta exención genera inseguridad jurídica. El hecho de que el legislador español tampoco concrete los correlativos preceptos del Código Penal que deben ser encuadrados en cada categoría perpetúa esta inseguridad y da lugar a aplicaciones muy dispares de la no verificación de la doble tipificación de la conducta.

En la regulación de esta causa en la DM/EEP y en la D/OEI encontramos diferencias, no sólo en relación con el régimen recogido para otros instrumentos de reconocimiento mutuo, también entre los dos que tienen como finalidad obtener prueba, lo que exige su análisis por separado.

3.1.1.2 La doble tipificación de la conducta en el EEP

El artículo 14.1 DM/EEP consagra el principio general de que el exhorto no estará sujeto a la verificación de la doble tipificación de la conducta. No obstante se prevé una excepción, relativa a que sea necesario proceder a un registro o incautación [que realmente equivale a cualquier medida coercitiva, como se desprende del 2.e) DM/EEP]. En estos casos sí es posible denegar la ejecución por ausencia de doble tipificación de la conducta.

Ahora bien, la causa de denegación no es aplicable siempre, sino que tiene un régimen especial que podría sintetizarse en lo siguiente [artículo 13.1 b) DM/EEP]:

- Nunca es obligatoria.
- Será inaplicable – y por tanto deberá reconocerse y ejecutarse el EEP que conlleve medidas coercitivas- cuando se trate de hechos que en el Estado de emisión están calificados como delitos de los encuadrables en las 32 categorías que eximen de este control y, además, la pena es al menos de tres años de privación de libertad en su grado máximo (artículo 14.1 y 2 DM/EEP).

Su regulación en la LRM se recoge en el artículo 198.2 LRM (“El Juez de Instrucción competente denegará el reconocimiento y ejecución del exhorto cuando, además de tratarse de una infracción distinta a las previstas en el apartado 1 del artículo 20, para su ejecución sea necesario proceder a un registro o incautación”) y en el artículo 195.2 LRM (“Cuando sea necesario proceder a un registro o incautación para ejecutar el exhorto no estarán sujetos al control de la doble tipificación los delitos que se enumeran en el apartado 1 del artículo 20, siempre que estén castigados en el Estado de emisión con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años”). Estos preceptos presentan ciertas deficiencias técnicas, que procede ahora poner de manifiesto:

-La LRM no define qué debemos entender por *registro o incautación* y desde luego una interpretación literal nos aleja del verdadero sentido que a estos términos confiere la

⁷⁵⁵ Cfr. SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material” en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega* (ARANGÜENA FANEGO, C., coord.), Valladolid, 2005, pág.95-113.

propia DM/EEP. Hubiera sido deseable que el legislador español hubiera utilizado la expresión “medidas coercitivas o restrictivas de derechos fundamentales”. No haberlo hecho obligará a tener que acudir a la interpretación conforme que prevé el artículo 4.3 LRM para un entendimiento de la ley española acorde con la decisión marco.

- La literalidad del artículo 198.2 LRM al regular la causa de denegación relativa a la doble tipificación de la conducta se presta a una lectura diferente de la prevista en la DM/EEP. Parece que postula que la denegación será obligatoria cuando se trate de un delito diferente a los del artículo 20.1 LRM y se requiera realizar un registro. Creemos que, de nuevo, la interpretación conforme a la DM/EEP que postula el artículo 4.3 LRM permitirá que, ante un delito diferente de los recogidos en el artículo 20.1 LRM pero de suficiente gravedad, si se dan las demás condiciones necesarias para ello (necesidad, idoneidad de la medida, subsidiariedad), se pueda ejecutar el EEP adoptando medidas restrictivas de derechos fundamentales para recabar el objeto, documento o dato. Pero es algo, sin duda, que no resultará de fácil entendimiento para el operador jurídico nacional en una primera lectura. En definitiva, la implementación de la DM/EEP por la legislación española es claramente defectuosa en este particular.

Que la regla general sea que la ejecución del EEP no esté sujeta a la doble tipificación de la conducta parece lógico, dado que su finalidad es meramente la incautación de un objeto, documento o dato sin medida coercitiva alguna. A su vez, que exista esta causa de denegación permite que, si fuera necesaria la medida coercitiva, sí se establezca el filtro de la doble tipificación para evitar coerción por hechos no delictivos. Que su aplicación sea facultativa dota de flexibilidad al sistema. Pero que sea inaplicable cuando concurren las categorías y el umbral de pena que eximen del control de doble tipificación de la conducta es lo que resulta más problemático. No obstante, el hecho de que no sea aplicable esta causa no es obstáculo para que se apliquen las demás causas de denegación o el propio mecanismo del EEP, que no obliga a adoptar medidas coercitivas, lo que hace improbable que la exención tenga auténtico significado.

Así, por ejemplo, si fuera necesario hacer una entrada y registro para incautar un objeto por un hecho que está en las categorías que eximen del control de doble tipificación y supera la pena prevista de tres años de prisión pero que puede dar lugar a problemas de tipificación en España (como el racismo) consideramos que el juez español siempre podría acordar la obtención de otro modo, por ejemplo, requiriendo al titular del domicilio para que entregue el objeto, toda vez que no viene nunca obligado a adoptar medidas coercitivas.

Por otro lado, cabe señalar que la aplicación de esta causa de denegación tiene un régimen especial para Alemania, fruto de las negociaciones que sobre esta materia se llevaron a cabo durante la promulgación de la DM/EEP.

La propuesta de la Comisión incluía las 39 categorías delictivas ya recogidas en la DM/SP y, a diferencia de lo que ocurría en otros instrumentos de reconocimiento mutuo, no contemplaba una pena máxima con la que el delito debiera estar castigado, como mínimo, según la legislación del Estado de emisión. Pero durante la negociación de la DM/EEP el control de la doble verificación de la conducta en los términos en que venía recogido en la propuesta no fue de la satisfacción de los distintos Estados miembros, haciendo de este tema uno de los aspectos más controvertidos en los debates.

Alemania fue el primer Estado que mostró sus reticencias a que se aprobara el listado en el modo en que se contenía en la propuesta de la Comisión, a pesar de reconocer que en términos casi idénticos había sido aprobado para otros instrumentos de reconocimiento mutuo, como la OEDT o el EPYAP. Destacaba en

sus aportaciones que muchos de los términos usados en el listado carecen de precisión y certeza de su contenido y que resulta una exigencia del derecho penal que se proceda a definirlos. En lugar de intentar alcanzar un consenso sobre estas definiciones, proponía que existiera una remisión a las definiciones de los mismos en tratados internacionales. En particular, entendía imprescindible definir qué entendemos por racismo y xenofobia, por terrorismo, por delitos informáticos, por delitos medioambientales y por sabotaje⁷⁵⁶.

Otros Estados miembros, como Reino Unido, propusieron que la dispensa de control sobre la doble tipificación de la conducta operara sólo cuando los hechos estuvieran castigados con al menos seis meses de prisión. Eslovaquia proponía que la derogación del control de doble tipificación tuviera lugar sólo en relación con procedimientos penales. Finalmente, muchas delegaciones opinaban que el listado debería reflejar el aprobado en otros instrumentos, como la OEDE⁷⁵⁷. En opinión de Países Bajos, sin embargo, incluir un listado sólo es aceptable si se añadía una causa de denegación basada en la territorialidad⁷⁵⁸.

Muchas reticencias generaba también entre los Estados miembros la previsión que contenía la propuesta de la Comisión para la abolición total del control de doble tipificación de la conducta pasados cinco años de su entrada en vigor, estando a favor de ello únicamente Francia y la Comisión. El resto de las delegaciones se mostraron favorables a la mera revisión de esta cláusula⁷⁵⁹.

Fue el Consejo en su reunión de fecha 24 de febrero de 2005 el que acordó reducir a 32 las categorías delictivas y siempre con un umbral de al menos tres años de pena privativa de libertad en su grado máximo para justificar la ausencia de control de doble tipificación de la conducta, aunque fuera necesario un registro o incautación. También en esta reunión se decidió transformar la cláusula derogatoria de la doble verificación de la conducta tras 5 años en una mera cláusula de revisión, permitiendo, además, que se incluyeran nuevas categorías siempre que mediase unanimidad en el Consejo⁷⁶⁰.

Alemania siguió insistiendo en la necesidad de definir determinadas categorías delictivas, mientras la Presidencia recordaba que en anteriores instrumentos de reconocimiento mutuo no se había hecho, correspondiendo a la legislación del Estado de emisión la determinación del delito que motiva la emisión del exhorto en cada caso concreto. Proponía la Presidencia, sin embargo, que el Consejo hiciera una declaración en términos similares a la realizada para la OEDE⁷⁶¹. En el Consejo

⁷⁵⁶ Documento 16243/04 de 20 de diciembre de 2004.

⁷⁵⁷ Documento 5157/05 de 7 de enero de 2005.

⁷⁵⁸ Documento 5829/05 de 1 de febrero de 2005.

⁷⁵⁹ Documento 6142/05 de 9 de febrero de 2005.

⁷⁶⁰ Documento 7828/05 de 6 de abril de 2005.

⁷⁶¹ Documento 14760/05 de 21 de noviembre de 2005. La declaración a que se hace referencia decía lo siguiente: "El Consejo declara que, en particular para las siguientes infracciones, recogidas en la lista incluida en el apartado 2 del artículo 2, no existe una definición armonizada a escala de la Unión. A efectos de la aplicación de la orden de detención europea, prevalece el acto tal como se define en el Derecho del Estado emisor. Sin perjuicio de las decisiones que podría tomar el Consejo en el contexto de la aplicación de la letra e) del artículo 31 del TUE, se solicita a los Estados miembros que se guíen por las siguientes definiciones de los actos a fin de que la orden de detención sea operativa en toda la Unión para las infracciones de racismo y xenofobia, sabotaje, chantaje y extorsión de fondos:

Racismo y xenofobia tal como se definen en la acción común del 15 de julio de 1996 (96/443/JAI)

Sabotaje: "Toda persona que cause ilegal e intencionalmente daños a gran escala a una instalación de un gobierno, a cualquier otra instalación pública, al sistema de transportes públicos o a otra infraestructura, que provoque o que pueda provocar una importante pérdida económica."

Chantaje y extorsión de fondos: "La solicitud con amenazas, uso de la fuerza o mediante otra forma de intimidación de bienes, promesas, recibos o la firma de todo documento que contenga o del que se derive una obligación, alienación o liberación de un pago."

Estafa: "El Consejo declara que el concepto de estafa indicado en el artículo 2(2) abarca, entre otros, los siguientes elementos: utilización de nombres falsos, usurpación de cargos o utilización de medios

de 1 y 2 de diciembre de 2005 la mayoría de los Estados se mostraron reacios a incluir una definición de categorías de delito al considerar que hacerlo podría mermar la eficacia del instrumento y que debe prevalecer la definición del tipo que contenga la legislación del Estado de emisión. Alemania mantenía su reserva al respecto e hizo una nueva propuesta para incluirla o bien en un anexo o en el preámbulo⁷⁶². Ante la falta de acuerdo, y tras las pertinentes consultas con la Presidencia, de nuevo Alemania hace otra propuesta, en esta ocasión sugiriendo la inclusión de un epígrafe por el que se compelería a la autoridad de emisión a determinar si los hechos eran constitutivos de un delito de terrorismo, delito informático, de racismo y xenofobia o de sabotaje en función de que se satisficieran los criterios mínimos fijados en un anexo que debería acompañar al exhorto. A este nuevo articulado se acompañaba un considerando que remitía a aclaraciones y criterios uniformes para valorar la catalogación de delitos dentro del listado⁷⁶³. No fue posible tampoco lograr un acuerdo sobre esta nueva propuesta. La Presidencia propuso entonces que el articulado se mantuviera intacto, se añadiera un considerando sobre esta materia y una declaración del Consejo que se publicara en el Diario Oficial⁷⁶⁴. Alemania mantuvo su propuesta de que hubiera definiciones vinculantes jurídicamente de una serie de delitos comprendidos en el listado, mientras que las demás delegaciones seguían considerando inaceptable esta exigencia alemana. La Presidencia propuso en la reunión de los Consejeros de Asuntos de Justicia e Interior de 5 de mayo de 2006 una serie de alternativas:

- La primera de ellas partía del entendimiento de que la definición de los delitos es una cuestión horizontal que guarda relación no sólo con el EEP sino también con otros instrumentos de reconocimiento mutuo. Proponía mantener el tenor literal del artículo, pero introduciendo una declaración del Consejo en la que se recomendase a los Estados miembros que respeten determinados criterios básicos en la emisión de exhortos si hacían referencia a las categorías de delito controvertidas. Junto a ello se añadiría una declaración del Consejo por la que se comprometía a examinar más adelante la cuestión horizontal de la definición de los delitos. Esta alternativa no fue aceptada por Alemania.

- La segunda alternativa integraba en el certificado del exhorto la definición de las categorías controvertidas. La premisa de la que se partía es que Alemania aceptaba que correspondería al Estado miembro emisor decidir si el delito en el que se basa el exhorto entra dentro de la definición vinculante. Si la autoridad de emisión así lo decidía, marcando la casilla correspondiente a una concreta categoría de delito, la autoridad de ejecución no podría rebatirlo. Alemania se mostró dispuesta a seguir debatiendo sobre la base de esta propuesta, pero el resto de las delegaciones lo rechazaron.

Ante la falta de consenso general sobre estos particulares, con la finalidad de no retrasar la aprobación de la normativa, Suecia propuso que el exhorto contemplara una cláusula de autoexclusión de Alemania en lo que a esta materia concierne. Esto implicaba que, en el momento de adoptarse la DM/EEP, podría Alemania reservarse, mediante una declaración, el derecho a denegar la ejecución de un exhorto que afecte a una de las categorías discutidas cuando la conducta de que se trate no sea

fraudulentos para abusar de la confianza o credulidad de las personas con el fin de apropiarse de algo perteneciente a otra persona.

⁷⁶² Documento 15957/05 de 20 de diciembre de 2005.

⁷⁶³ Documento 6070/06 de 9 de febrero de 2006. El considerando decía literalmente:

"Los Estados miembros renunciarán también a la verificación de la doble tipicidad con respecto a aquellas categorías de delitos que puedan tener distintos contenidos y ámbitos de aplicación en sus respectivos sistemas jurídicos. El Estado de expedición, único responsable de la clasificación de un delito como delito tipificado, deberá recibir, mediante aclaraciones, criterios orientativos sobre cuya base se pueda desarrollar con mayor detalle la aplicación práctica de la ley. Las aclaraciones servirán para consolidar la confianza mutua de los Estados miembros e incrementar la previsibilidad y predictibilidad de la práctica del reconocimiento mutuo."

⁷⁶⁴ Documento 8086/06 de 3 de abril de 2006.

punible en Alemania, salvo que el Estado de emisión haya declarado que el delito entra dentro del ámbito abarcado por la definición de que se trate⁷⁶⁵.

Esta última opción fue la única que se consideró finalmente como una solución realista para lograr la aprobación del exhorto. Por medio de ella los criterios no se recogerían ni en la decisión marco ni en el formulario, sino sólo en una declaración de Alemania que se publicaría conjuntamente con la decisión marco. La autoridad de emisión decidiría si declara o no que el delito de que se trate entra en dichos criterios. Si no hace declaración alguna, Alemania podrá aplicar una doble tipificación sin restricciones y consecuentemente denegar la ejecución del exhorto. Si la autoridad de emisión hace declaración, Alemania tendrá que respetar los criterios de la misma. Suecia opinaba que este mecanismo añadía una carga adicional para la autoridad de emisión pero la Presidencia destacaba que era una opción de que disponía esa autoridad para evitar que la autoridad alemana denegase la ejecución del exhorto. Esta opción fue finalmente la aprobada en el Consejo que tuvo lugar los días 1 y 2 de junio de 2006⁷⁶⁶.

La DM/EEP contiene por tanto un sistema singular para Alemania: mediante una declaración este Estado miembro se reserva el derecho a supeditar la ejecución de un exhorto a la verificación de la doble tipificación de la conducta (es decir, a aplicar en su caso la causa de denegación de la ejecución basada en su ausencia) cuando se trate de terrorismo, delitos informáticos, racismo y xenofobia, sabotaje, chantaje, extorsión o estafa, siempre que sea necesario realizar un registro o incautación. En estos casos, para que Alemania no pudiera verificar la doble tipificación de la conducta se exige que la autoridad de emisión declare que, con arreglo a la legislación del Estado de emisión, el delito de que se trate cumple los criterios indicados en la declaración alemana (art. 23.4 DM/EEP). Alemania realizó esta declaración al tiempo de la adopción de la DM/EEP, publicándose junto con ésta. Por medio de ella, Alemania especifica qué debe entenderse por cada una de las categorías delictivas a que se refiere la declaración⁷⁶⁷. Por

⁷⁶⁵ Documento 9221/06 de 11 de mayo de 2006.

⁷⁶⁶ Documento 11235/06 de 10 de julio de 2006.

⁷⁶⁷ DOUE L 350 de 30 de diciembre de 2008, pág. 92. Esta declaración proporciona las siguientes definiciones:

a) Terrorismo:

— Todo acto que constituya un delito en el sentido y según la definición del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 13 de abril de 2005, del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 9 de diciembre de 1999 o en el sentido de cualquiera de los tratados que se enumeran en su anexo, o

— Todo acto tipificado en virtud de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, o

— Todo acto prohibido según la Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 14 de septiembre de 2005.

b) Delitos informáticos:

Los delitos definidos en la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, o en el Título 1 de la Sección I del Convenio Europeo sobre la Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001.

c) Racismo y xenofobia:

Los delitos definidos en la Acción Común 96/443/JAI del Consejo, de 15 de julio de 1996, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia.

d) Sabotaje:

Todo acto que cause ilegal e intencionalmente daños a gran escala a una instalación del Estado, a cualquier otra instalación pública, al sistema de transportes públicos o a otra infraestructura que provoque o que pueda provocar una importante pérdida económica.

e) Chantaje y extorsión:

La exigencia, con amenazas, uso de la fuerza o mediante cualquier otra forma de intimidación, de bienes, promesas o ingresos o de la firma de cualquier documento que contenga una obligación o del que se derive una obligación, enajenación o liberación de un pago.

su parte, el artículo 24 DM/EEP obligaba a Alemania a informar cada año del número de casos en que la ausencia de doble tipificación de la conducta había motivado el no reconocimiento o la no ejecución. En función de dicha información el Consejo determinaría si conviene o no derogar o modificar este régimen especial para Alemania. Esta especialidad no ha sido recogida en la LRM, si bien se desprende del propio certificado, donde la nota a pie de página que consta en su casilla I permite a la autoridad española de emisión tener en cuenta este régimen singular.

Por otra parte, la doble tipificación como causa de denegación se contempla en la DM/EEP como transitoria, tanto en cuanto a su propia existencia como a los términos en los que viene concebida. El artículo 14.4 DM/EEP fija como fecha límite para revisar esta condición el 19 de enero de 2014 (esto es, tres años después de la fecha máxima prevista para su implementación). Esta previsión no puede sino calificarse de utópica a la vista de los pocos Estados miembros que han implementado la DM/EEP y del retraso con el que lo han hecho.

Asimismo está previsto que se puedan añadir otras categorías al listado de delitos que excluyen el control de doble tipificación (art. 14.5 DM/EEP). A la vista de la promulgación de la OEI es improbable que se haga, pues cuando esté vigente el EEP quedará derogado salvo en lo que a Dinamarca e Irlanda se refiere.

3.1.1.3 La doble tipificación de la conducta en la OEI

En la D/OEI se parte de la premisa contraria al EEP. La regla general es que se puede denegar el reconocimiento o la ejecución cuando la conducta que dio origen a la emisión de la OEI no sea constitutiva de delito con arreglo al Estado de ejecución [artículo 11.1 g) D/OEI]. No obstante, existen dos excepciones importantes:

a) Por razón del delito: no se aplica si la autoridad de emisión de la OEI señala que se corresponde con alguna de las categorías de delitos que figuran en el anexo D y si además en el Estado de emisión es punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años. El anexo D viene a relacionar las 32 categorías delictivas clásicas que hemos mencionado. El artículo 11.3 D/OEI en relación con los delitos fiscales contiene la previsión habitual - también en los mecanismos convencionales de asistencia- relativa a que no resulta necesaria la doble regulación impositiva.

b) Por razón de la medida: esta causa de denegación no se aplica a las medidas que venimos denominando *medidas privilegiadas*, por excluirlo expresamente el artículo 11.2 D/OEI. De modo que, aunque el hecho no sea delictivo en el Estado de ejecución, la autoridad que reciba la OEI no podrá denegarla por este motivo si se trata de información que ya obra en poder de las autoridades del Estado de ejecución, si está disponible en una base de datos, si consiste en la audiencia de un testigo, perito, víctima, sospechoso o acusado o un tercero, si no conlleva coerción o si se trata de la averiguación de la titularidad de un teléfono o de una IP.

En cualquier caso, debemos tener presente que, desde el momento que existe una causa de denegación de la OEI basada en infracción de derechos fundamentales, cualquier

f) Estafa:

La utilización de nombres falsos, usurpación de cargos o utilización de medios fraudulentos para abusar de la confianza o de la buena fe de las personas con el fin de apropiarse de algo perteneciente a otra persona.

conflicto que generase la exención de doble tipificación de la conducta creemos que propiciaría su aplicación, sin que por tanto veamos que tenga mayor trascendencia cómo esté regulada la causa basada en la doble tipificación o su exención.

En la D/OEI se regula la doble tipificación de la conducta de manera similar – salvo para las medidas privilegiadas - a otros instrumentos de reconocimiento mutuo, como la OEDE, como expresamente nos recuerda el considerando 36 D/OEI. No obstante, no era éste el punto de partida de la propuesta, que no contemplaba esta causa de denegación, añadida con posterioridad.

Fue durante las negociaciones cuando algunas delegaciones instaron su inclusión con carácter general (Hungría, Lituania) o en relación con determinadas medidas (República Checa, Alemania y Reino Unido). Países Bajos era de la opinión de que esta causa de denegación entendida en sentido amplio ya estaba implícita en la propuesta con el juego combinado de la previsión sobre que la medida de investigación esté limitada a una categoría de delitos, que no estén incluidos en la OEI y no haya otra medida con la que se pueda lograr un resultado similar⁷⁶⁸. De hecho el temor de que la exigencia de disponibilidad de la medida para una categoría concreta de delitos tuviera como consecuencia la ampliación desmesurada de esta causa de denegación, incluso más allá de lo previsto para los instrumentos de asistencia convencional, tuvo como consecuencia que durante las negociaciones se valorara este control sólo cuando la medida fuera un registro o embargo. Tratando de alcanzar un consenso se propuso una triple distinción: para las medidas menos intrusivas, como prueba ya en poder del Estado de ejecución, no jugaría esta causa; para medidas coercitivas -como los registros y embargos y la audiencia de testigos o imputados sin consentimiento- tampoco operaría, pero se podría revisar la doble tipificación de la conducta – salvo en las 32 categorías que eximen de este control –; finalmente para el resto de medidas sí operaría la causa de denegación consistente en que la medida en cuestión no esté prevista para ese delito⁷⁶⁹. A esta distinción se añadió posteriormente una cuarta, que haría referencia a la obtención de prueba en tiempo real, de modo que se pudiese denegar la ejecución si no se hubiera autorizado la medida en un caso nacional similar (causa que sería adicional a las ya previstas con carácter general)⁷⁷⁰. En posteriores reuniones se fueron añadiendo más medidas que se consideraban deberían estar siempre disponibles sin posibilidad de denegación vinculada a la doble tipificación, como la audiencia a testigos, sospechosos y terceros⁷⁷¹ o la identificación de titulares de teléfonos o de IP⁷⁷².

3.1.1.4 La doble tipificación de la conducta y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Que el EEP o la OEI se pueden emitir en procedimientos seguidos contra personas jurídicas es algo que se proclama con claridad en el artículo 5.d) DM/EEP y en el artículo 4 d) D/OEI. Pero, al margen de esta mención, no se contienen reglas específicas en relación con este tipo de responsables penales.

En muchos instrumentos de reconocimiento mutuo se dice expresamente que las resoluciones dictadas contra personas jurídicas se ejecutarán aun cuando el Estado de ejecución no reconozca el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 12.3 DMD o art. 9.3 DM/SP). Este mandato, sin embargo, no se extiende a los instrumentos de reconocimiento mutuo de obtención de prueba, pues ni en la DM/EEP ni en la D/OEI se contiene una fórmula similar.

⁷⁶⁸ Documento 12862/10 de 30 de agosto de 2010.

⁷⁶⁹ Documento 14641/10 de 12 de octubre de 2010.

⁷⁷⁰ Documento 15329/10 de 21 de octubre de 2010.

⁷⁷¹ Documento 7654/11 de 14 de marzo de 2011.

⁷⁷² Documento 8036/11 de 25 de marzo de 2011.

Esta omisión puede desplegar sus efectos en sede de denegación de la ejecución, pues aun partiendo de que la conducta por la que se emite la OEI sea delictiva en el Estado de ejecución y de que la concreta medida de investigación contenida en la OEI esté prevista para ese delito en su legislación, la denegación podrá venir dada por el hecho de que la conducta en sí no esté tipificada en relación con personas jurídicas. En definitiva, creemos que la doble tipificación puede interpretarse también tomando en consideración al sujeto activo del delito, de modo que si en la legislación del Estado de ejecución las personas jurídicas no pueden cometer el delito por el que se emitió la OEI puede ser de aplicación la causa de denegación amparada en la ausencia de doble tipificación de la conducta si la orden atañe precisamente a una persona jurídica.

3.1.2 Imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar

La imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar se contempla en ambos instrumentos de reconocimiento mutuo para la obtención de prueba, aunque sus características propias hacen aconsejable que se analicen por separado.

3.1.2.1 Imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar en el EEP

En la DM/EEP se recoge como causa facultativa de denegación que no sea posible ejecutar el exhorto mediante ninguna de las medidas de que dispone la autoridad de ejecución en el caso específico [art. 13.1.c) DM/EEP- art. 198.1 a) LRM].

Fue la delegación irlandesa la que propuso esta causa de denegación, y lo hizo por las repercusiones constitucionales que su no introducción pudieran tener en Irlanda. Partía de los estrictos límites impuestos por los tribunales para los registros domiciliarios en su país, que implicaban, en relación con la ejecución de solicitudes extranjeras de registros domiciliarios, los siguientes requisitos: que hubiera motivos razonables para creer que se había cometido un delito en el Estado requirente y que los hechos constituyesen delito, que, en un caso nacional similar, permitieran la emisión de una orden de registro por los tribunales. Consideraban que la propuesta de exhorto era potencialmente incompatible con estas premisas, dado que implicaría que el Parlamento irlandés estableciera la previsión de autorizar registros domiciliarios en casos para los cuales la legislación nacional no permitía esta medida. Para evitarlo entendían imprescindible la adopción de una nueva cláusula de denegación que contemplara la imposibilidad de ejecutar el exhorto cuando hacerlo no fuera acorde con la legislación interna del Estado de ejecución⁷⁷³.

Lo dispuesto en este artículo debe ponerse en relación con el artículo 11.3 DM/EEP, que modula el juego de esta causa de denegación al limitarla notablemente. Este precepto estipula que cada Estado miembro velará porque:

- i) Cualesquiera medidas que hubieran estado disponibles en un caso nacional semejante en el Estado de ejecución lo estén también a los efectos de la ejecución del exhorto.
- ii) Se disponga de medidas, con inclusión del registro o la incautación, a efectos de su ejecución del exhorto cuando se refiera a cualquiera de los delitos que eximen del control de doble tipificación de la conducta. En estos supuestos, siempre que se cumpla el requisito punitivo -según la legislación del Estado de emisión- de que los hechos estén castigados con una pena privativa de libertad de al menos tres años en su grado máximo, no se podrá denegar la ejecución con base a esta causa. No obstante, esta modulación debe contextualizarse, recordando que en ningún caso el EEP obliga a

⁷⁷³ Documento 11450/05 de 25 de julio de 2005.

adoptar medidas coercitivas, que siempre quedan a criterio de la autoridad de ejecución (art. 11.2 y art. 12 DM/EEP).

3.1.2.2. Imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar en la OEI

Esta misma causa de denegación de que la medida que permite obtener la prueba para la autoridad de emisión no esté disponible en una causa nacional similar en el Estado de ejecución la encontramos en la D/OEI también, pero con características propias que limitan su aplicación:

a) Procedimientos por hechos no delictivos

El artículo 11.1.c) D/OEI señala que se podrá denegar la ejecución cuando la OEI haya sido emitida para los procedimientos contemplados en el artículo 4 letras b) y c) y la medida de investigación no estuviera autorizada, con arreglo al derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar. Por tanto, dependiendo del tipo de procedimiento de que se trate, y concretamente si estamos ante un procedimiento por infracción de disposiciones legales, no por delito, cabe la denegación en los términos expuestos. BACHMAIER destaca el solapamiento que genera la inclusión de esta causa de denegación con la previsión de sustitución de la medida que se contiene en el artículo 10.1.b) D/OEI. Se pregunta la autora si en los procedimientos por infracciones administrativas la autoridad de ejecución no tiene que valorar la sustitución de la medida, pudiendo denegar sin más su ejecución. Si ésta fuera la finalidad pretendida, debería haberse recogido como tal, pues no hacerlo genera estas dificultades interpretativas⁷⁷⁴.

b) Procedimientos por delito: medidas limitadas a un listado de delitos o a delitos que superen un umbral punitivo

El artículo 11.1 h) D/OEI señala que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución cuando el uso de la medida de investigación indicada en la OEI esté limitado en la legislación del Estado de ejecución a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral (con la excepción de que se trate de las medidas que venimos llamando medidas privilegiadas). También aquí BACHMAIER aprecia cierta confusión con la facultad de sustitución del artículo 10.1. b) D/OEI (cuando la medida de investigación requerida en la OEI no existe en un caso interno similar)⁷⁷⁵. Ciertamente, esta concurrencia se dará habitualmente, aunque creemos que no necesariamente. Si el uso de la medida está limitado a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas a partir de un determinado umbral que no se alcancen en el delito a que se refiere la OEI, se podrá denegar la ejecución si la medida no se puede sustituir. Pero si el uso de la medida está limitado por otras razones, por ejemplo, en atención al sujeto activo (sólo para cuando sea una persona física la responsable y no para una persona jurídica, o no está disponible para aforados, o para menores de edad, por ejemplo) entendemos que la causa de denegación no sería de aplicación y sólo cabría comunicar la imposibilidad de ejecución si la medida no puede ser sustituida (art. 10.1 y art. 10.5 D/OEI). En la misma línea AGUILERA destaca que la medida puede ser sustituida por no existir en un caso interno similar atendiendo a la calidad de los indicios que recaen sobre la persona frente a la que se

⁷⁷⁴ BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012.

⁷⁷⁵ BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012.

proyecta esta medida⁷⁷⁶, mientras que, de conformidad con lo que exponíamos, este motivo – la calidad de los indicios – no tendría cabida en la causa de denegación del artículo 11.1 h) que ahora comentamos. Por eso la hemos abordado a continuación de la doble tipificación, porque tiene un carácter objetivo, ligado a los términos legales en los que viene prevista la posibilidad de acudir a esa medida en cada ordenamiento jurídico nacional. En este sentido nos parece que merece una acogida favorable su inclusión en la D/OEI en los términos en los que lo ha sido.

c) Especiales medidas de investigación

Para las medidas previstas en los artículos 26.6, 27.5, 28, 29, 30 y 31 D/OEI -relativas respectivamente a información que debe obtenerse de entidades financieras distintas a un banco (tanto de cuentas como de operaciones), la obtención de prueba en tiempo real, las investigaciones encubiertas y la intervención de telecomunicaciones con y sin asistencia técnica de otro Estado miembro- la D/OEI establece como causa de denegación específica común, sin modulación de ningún tipo, que la medida de investigación en cuestión no estuviera autorizada en casos internos similares.

Puede cuestionarse la necesidad de incluir expresamente esta causa, cuando podría haber tenido cabida en las generales con una ligera modificación de la literalidad de su redacción. El artículo 11.1.h) D/OEI, como acabamos de mencionar, configura como causa de denegación general que el uso de la medida de investigación indicada en la OEI esté limitado, con arreglo al derecho del Estado de ejecución, a una lista o categoría de delitos o a delitos castigados con penas a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la OEI. Pues bien, si la medida de obtención de prueba en tiempo real o la investigación encubierta no está autorizada en un caso interno similar probablemente lo será por alguno de los motivos que explicita el artículo 11.1 h), porque para estas diligencias de investigación haya un lista cerrada de delitos o un umbral punitivo mínimo que no se satisface con el delito que motiva la emisión de la OEI. Pero podría haberse añadido un inciso al propio artículo 11.1 h) D/OEI, relativo a que la medida no esté autorizada en un caso interno similar, sin mayor especificación, permitiendo con ello suprimir esta causa específica de las investigaciones encubiertas, de obtención de información de entidades no bancarias y de la obtención en tiempo real que tan levemente difiere de las generales.

De hecho, su inclusión como causa general fue defendida por algunas delegaciones (República Checa, Alemania, Italia e Irlanda) sin que sin embargo su propuesta prosperase⁷⁷⁷ al entender algunas delegaciones que abriría en exceso el margen para la denegación de la ejecución⁷⁷⁸. Se optó, tras varias discusiones, con su inclusión sólo para una concreta categoría de medidas que se consideraron de alta sensibilidad, como la obtención en tiempo real⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, nº 2145, 2012.

⁷⁷⁷ Documento 12862/10 de 30 de agosto de 2010.

⁷⁷⁸ Documento 13822/10 de 21 de septiembre de 2010.

⁷⁷⁹ Documento 15329/10 de 21 de octubre de 2010.

3.1.3 *Ne bis in idem*

La DM/EEP y la D/OEI recogen en idénticos términos la causa facultativa de denegación consistente en que la ejecución infrinja el principio *ne bis in idem* [art.13.1.a) DM/EEP y art. 11.1.d) D/OEI].

La DM/EEP no detalla cómo debe entenderse y aplicarse este principio; sin embargo, en la D/OEI encontramos una prolija explicación que a nuestro juicio debe ser tomada muy en cuenta por el operador jurídico nacional.

Específicamente el considerando 17 enfatiza que el principio *ne bis in idem* es un principio fundamental del Derecho de la Unión, como reconoce la Carta y desarrolla la jurisprudencia del TJUE. Esta primera referencia es crucial para tener presente que la utilización debe hacerse de manera conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales de Luxemburgo en relación con el artículo 54 del CAAS/1990, cuyo contenido sucintamente se expondrá más adelante.

Continúa el considerando destacando que dado el carácter preliminar de los procedimientos subyacentes a la OEI, su ejecución no debe ser objeto de rechazo cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in idem* o cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba trasferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso hubiera sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos.

Llegados a este punto parece preciso recordar, con AGUILERA, que el principio *ne bis in idem* tiene una doble dimensión: una material o sustantiva (que prohíbe sancionar a una persona dos veces por los mismos hechos) y una procesal (que implica no someter a una misma persona a dos procesos por los mismos hechos). Pero ésta última no debe identificarse con la institución de la cosa juzgada, puesto que la dimensión procesal del *ne bis in idem* no sólo proscribía la incoación de un segundo proceso con idéntico objeto al que ha sido resuelto ya mediante resolución judicial firme, sino que incluso prohíbe la pendencia simultánea de dos o más procesos con idéntico objeto. De ahí que la dimensión procesal del *ne bis in idem* abarque no sólo la cosa juzgada sino también la litispendencia⁷⁸⁰.

En este sentido bien pudiera ocurrir que la autoridad de ejecución del instrumento de reconocimiento mutuo de obtención de prueba constate, al reconocer ese instrumento, que respecto a los mismos hechos y frente a la misma persona ha recaído ya una resolución judicial firme en su Estado o en otro, o bien que respecto del inculcado pende otro procedimiento penal diferente, pero con idéntico objeto, al que ha motivado la emisión del EEP o de la OEI. Estaríamos, en estos supuestos, ante casos de *ne bis in idem* y ante casos de litispendencia internacional y el interrogante que surge es si, en tales condiciones, la autoridad ejecutante debe proceder a la ejecución (y por tanto a la obtención de prueba para este segundo proceso) o por el contrario, puede esgrimir esta causa como un motivo de no ejecución⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Cfr. AGUILERA MORALES, M., “El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 20, 2006.

⁷⁸¹ Sobre en qué medida existe obligación de cooperar cuando los mismos hechos ya han sido sancionados o la persona ha sido absuelta véase NIETO MARTÍN, A., “El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional” y PISANO, M., “*Ne bis in idem* y cooperación judicial europea” ambos en

Nada se dice explícitamente en la DM/EEP ni en la D/OEI sobre la litispendencia, a diferencia de lo que ocurre en otros instrumentos de reconocimiento mutuo⁷⁸². Ambos instrumentos recogen como causa de aplazamiento que su ejecución pueda perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que el Estado de ejecución lo considere razonable [art. 16.2 a) DM/EEP y art. 15.1 a) D/OEI] pero desde luego no puede confundirse esta previsión con la litispendencia, pues no se exige para el aplazamiento que los hechos objeto de investigación sean los mismos, de modo que bien puede suceder que la ejecución del EEP o de la OEI interfiera en una investigación sólo parcialmente relacionada con aquella que motiva su emisión.

Para analizar esta causa de denegación resulta imprescindible, por tanto, preguntarnos si existe un concepto de *ne bis in idem* definido en la legislación de la UE y cuál es su base normativa. Al hacerlo será imprescindible abordar la interpretación judicial que de dicho principio ha hecho hasta el momento el TJUE en las numerosas resoluciones que han incidido en este concepto.

3.1.3.1 Concepto y base normativa

La plasmación del principio *ne bis in idem* en la legislación de la UE es deficiente⁷⁸³, aunque dicho axioma se recoge en diferentes instrumentos jurídicos.

El Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, dedica todo el Título V, concretamente los artículos 35 a 37, a la regulación del *ne bis in idem*. Pero como su objeto es la transmisión del procedimiento penal, y no la asistencia judicial para un procedimiento penal seguido ante el Estado requirente, no constituye una normativa que incida en los supuestos que ahora nos ocupan.

Por el contrario, incide plenamente en la prohibición de *ne bis in idem* el CAAS/1990, que dedica su Capítulo III del Título III a la regulación de la aplicación de este principio (arts. 54 a 58), siendo la base normativa de la mayor parte de las resoluciones al respecto del TJUE. Conviene destacar del tenor literal de los artículos, los siguientes aspectos:

- a) El carácter subsidiario de su regulación (frente a la normativa nacional que sea más favorable a la aplicación del *ne bis in idem* en relación con resoluciones judiciales dictadas en el extranjero).
- b) La prohibición de juzgar a una persona por los mismos hechos implica que previamente sobre éstos haya recaído una sentencia firme. Ésta puede ser absolutoria o condenatoria (en cuyo caso, el único supuesto en que no jugará la prohibición es cuando la sentencia no se ha ejecutado y todavía puede ejecutarse).

El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007, pág. 13 y págs. 173-191, respectivamente.

⁷⁸² Por ejemplo, el artículo 4.2 DM/OEDE recoge como causa facultativa de denegación de la entrega “que la persona que fuere objeto de la orden de detención europea esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden europea de detención”.

⁷⁸³ Los ordenamientos nacionales de los Estados de la Unión recogen esta garantía, un análisis de cómo lo hacen concretamente el español, alemán o italiano, lo encontramos en cfr. DE HOYOS SANCHO, M., “Eficacia transnacional del non bis in idem y denegación de la euroorden”, *Diario La Ley*, nº 6330, 2005.

c) Se prevé el intercambio de información entre los Estados a fin de dilucidar si debe ser de aplicación el *ne bis in idem*.

d) Caben reservas por parte de los Estados en la aplicación del principio en función de que el delito por el que se pretende abrir nuevo proceso tenga unos vínculos estrechos con el Estado que pretende el segundo enjuiciamiento (por haberse cometido en su territorio, afectar a su seguridad o sus intereses nacionales o por tratarse de funcionarios de su Estado en el ejercicio de sus funciones).

e) Si en el segundo proceso recayera una sanción, deberá descontarse de la misma el tiempo de privación de libertad que cumplió con ocasión del primer proceso y, en la medida en que la legislación lo permita, deberán descontarse también las penas de otra naturaleza.

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, el Protocolo número 7 del CEDH, (convenio número 117 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984⁷⁸⁴, introdujo expresamente la exigencia de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos⁷⁸⁵, que, por otra parte, se podía entender incluida en las garantías del proceso justo a que se refiere el artículo 6.1 CEDH.

Por tanto, no puede darse una única definición conceptual de qué debemos entender por este principio⁷⁸⁶. Han existido intentos de solventar esta indefinición conceptual y de facilitar su aplicación práctica. Concretamente, debe destacarse:

- dentro del Programa de medidas destinado a la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales se contemplaba estudiar la posibilidad de crear un registro central de inculpaciones que favoreciera la aplicación del principio *ne bis in idem*⁷⁸⁷;

- en ejecución de dicho Programa, fue presentada una Iniciativa de Grecia para la adopción de una Decisión Marco del Consejo relativa a la aplicación del *ne bis in idem*⁷⁸⁸ donde se definían tanto los elementos que daban lugar a la aplicación de este principio como otros íntimamente ligados al mismo, concretamente la litispendencia. Finalmente el Consejo no llegó a un acuerdo que permitiera acoger esta iniciativa y publicar la correspondiente decisión marco.

- el Programa de la Haya, en su apartado 3.3.1, y dentro de las medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo, se ocupa también de este principio.

⁷⁸⁴ Instrumento de ratificación por España publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009.

⁷⁸⁵ El artículo 4 del Protocolo número 7 estipula: 1. Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. 3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio.

⁷⁸⁶ Sobre dicho concepto, véase cfr. DE LEÓN VILLALBA, F.J., “Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*” en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007.

⁷⁸⁷ Apartado 2.3 del Programa, DOUE C 15 de enero de 2001.

⁷⁸⁸ DOUE C 26 de abril de 2003.

- el Libro verde sobre conflictos de jurisdicción y el principio *ne bis in idem* en los procedimientos penales⁷⁸⁹ abrió un proceso de consulta y reflexión sobre su actual regulación, fundamentalmente para favorecer la atribución más adecuada de la jurisdicción en caso de conflictos positivos (evitando la aplicación del orden de llegada de éstos a una resolución final, como ocurre actualmente). Se pretendía revisar las condiciones para que dicho principio surtiera eficacia, así como definir los elementos integradores del mismo. La UE finalmente promulgó la Decisión Marco 2009/489/JAI de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción⁷⁹⁰, implementada recientemente en España con la Ley 16/2015.

Especialmente importante es destacar que el *ne bis in idem* viene recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁷⁹¹. Su regulación es coincidente con la que se contenía en el fallido Tratado Constitucional Europeo⁷⁹², y por su tenor literal cabe afirmar, con AGUILERA⁷⁹³, que implica un cambio radical en la configuración de esta prohibición, por los siguientes motivos:

- no se establece condición alguna para que surta efecto (esto es, ya no es necesario que de ser condenatoria la resolución, la pena se haya ejecutado, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya);
- se configura como un derecho de la persona, no como una limitación al *ius puniendi* estatal (de ahí que no quepan reservas, a diferencia de lo que ocurría con el CAAS/1990);
- excluye toda posibilidad de segundo proceso, sin dejar margen a la aplicación de la toma en consideración de la primera condena como motivo para reducir la segunda⁷⁹⁴.

3.1.3.2 Interpretación jurisprudencial europea sobre el *ne bis in idem*

Tanto la jurisprudencia del TEDH como la jurisprudencia del TJUE han perfilado, y en gran medida ampliado, el concepto de *ne bis in idem*⁷⁹⁵ por lo que resulta esencial

⁷⁸⁹ Documento COM (2005) 696 final, de 23 de diciembre de 2005.

⁷⁹⁰ DOUE L 328 de 15 de diciembre de 2009.

⁷⁹¹ El artículo 50 dice literalmente que “Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto a la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia firme penal conforme a la ley”.

⁷⁹² Artículo II-110

⁷⁹³ Cfr. AGUILERA MORALES, M., “El *ne bis in idem*..”, *cit*.

⁷⁹⁴ Ahora bien, destaca AGUILERA MORALES que, pese a todo, la redacción no nos debe llevar a engaño. Concretamente, no impide el segundo proceso mientras el primero no haya finalizado mediante resolución firme (no abarca, en consecuencia, la litispendencia). Un análisis detallado de la dificultad de concretar el concepto de “bis”, “idem” y sujetos a los que afecta lo encontramos también en su estudio, cfr. AGUILERA MORALES, M., “El *ne bis in idem*..”, *cit*.

⁷⁹⁵ Una exégesis de estas resoluciones judiciales lo encontramos en cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., “La regla *non bis in idem* en el derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas” en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008; cfr. SANZ HERMIDA, A., “De nuevo sobre los elementos y presupuestos para el reconocimiento del principio de *non bis in idem* con alcance transnacional: las SSTJUE en los asuntos Bourquain y Turansky”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 18, 2009 y de la misma autora, “Sobre la delimitación de los mismos hechos en la aplicación transnacional de la prohibición del *bis in idem* regulada en el artículo 54 del CAAS”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008, pág. 244-254; Cfr. SARMIENTO, D., “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea” en *El principio de *ne bis in idem* en el*

analizar los pronunciamientos judiciales para dibujar debidamente lo que supone esta garantía. Estos pronunciamientos han recaído tanto en relación con instrumentos de reconocimiento mutuo como con las previsiones sobre esta materia del CAAS/1990.

Comenzaremos con el pronunciamiento del TJUE sobre la aplicación del principio de *ne bis in idem* a los instrumentos de reconocimiento mutuo. Nos referimos a la Sentencia de la Gran Sala del 16 noviembre 2010⁷⁹⁶, caso *Gaetano Mantello*. En este caso son varias las cuestiones prejudiciales planteadas. La primera de ellas hace referencia a si el concepto "mismos hechos" debe entenderse de acuerdo con el derecho del Estado miembro emisor, de acuerdo con el derecho del Estado miembro de ejecución, o si se trata de un concepto de los "mismos hechos" autónomo, específico de la UE. La segunda de las cuestiones se centra en dilucidar a qué Estado miembro corresponde declarar que la sentencia anterior tiene la condición de sentencia firme y en consecuencia, deber surtir efecto la prohibición de *ne bis in idem*. Analizaremos ambas cuestiones por separado. Sobre el concepto de *ne bis in idem* el TJUE concluye en la sentencia del caso *Mantello* que el concepto "mismos hechos" es un concepto autónomo del derecho de la Unión. Se pronuncia expresamente sobre la interpretación de este concepto, entendiendo que la proporcionada en el ámbito del CAAS/1990 es igualmente válida en el contexto de la DM/OEDE (epígrafe 40).

Esto hace que nos resulte ahora imprescindible analizar – aunque sea someramente – las sentencias recaídas en la aplicación del artículo 54 CAAS/1990, dado que dicha interpretación es trasladable al concepto *ne bis in idem* recogido como causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución en los instrumentos de reconocimiento mutuo. Los pronunciamientos jurisprudenciales a que nos referimos son los recaídos en los asuntos siguientes:

Derecho penal europeo e internacional (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007; Cfr. GUAJARDO/IRURZUN/JIMÉNEZ/MORÁN/SANZ "Conflictos de jurisdicción internacionales: aplicación del principio *ne bis in idem*. Solución para determinar la mejor jurisdicción competente" en *Conflictos de Jurisdicción y principio *ne bis in idem* en el ámbito europeo* (MORÁN/GUAJARDO Coord.), Madrid, 2007, pág. 53-57; Cfr. ALMA/DONATO/LO VOI/ SPIEZIA en "Ne bis in idem (Doble peligro de condena) en Derecho internacional: la posición italiana" en *Conflictos de Jurisdicción y principio *ne bis in idem* en el ámbito europeo* (MORÁN/GUAJARDO Coord.), Madrid, 2007, pág. 73-82; Cfr. DE HOYOS SANCHO, M., "Eficacia transnacional del *ne bis in idem* y denegación de la euroorden", *cit.*; Cfr. VERVAELE, J., "The transnational *ne bis in idem* principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights", *Utrecht Law Review*, v.1, 2005; Cfr. VERVAELE, J.A.E., "El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los Derechos Fundamentales en el Espacio Judicial Europeo", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2004; Cfr. SANTOS VARA, J., "El alcance del principio *ne bis in idem* en el marco del convenio Schengen (comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge)", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, 2003; Cfr. BLANCO CORDERO, I., "El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005 en el asunto C-469/2003: Asunto Miraglia", *Diario La Ley*, nº 6285, 2005; Cfr. JIMENO FERNÁNDEZ, F., "Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de Aplicación Schengen", *Diario La Ley*, nº 6496, 2006; cfr. LÖÖF, R., "54 CISA and the Principles of *ne bis in idem*", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007, pág. 309-334 y CEDEÑO HERNÁN/ AGUILERA MORALES, "El principio *ne bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008, pág. 188-240.

⁷⁹⁶ Asunto C 261/09.

- Asuntos *Gözütok y Brügge*⁷⁹⁷: en estos asuntos acumulados el Tribunal extiende la prohibición de *ne bis in idem* a los casos en que la resolución precedente no sea una sentencia penal firme, sino una resolución, incluso de un fiscal sin intervención judicial, que extingue definitivamente la acción pública tras el pago por el imputado de una cantidad⁷⁹⁸.
- Asunto *Miraglia*⁷⁹⁹: quedó establecido que la decisión judicial de archivar un procedimiento debido a que en el mismo el Ministerio Fiscal no ejercitó la acción penal por existir otro proceso penal sobre idénticos hechos en otro Estado no genera la aplicación del principio *ne bis in idem*, dado que el primer archivo no había entrado sobre el fondo.
- Asunto *Van Esbroek*⁸⁰⁰: el TJUE sentó el criterio de que lo determinante para dilucidar si se cumple el requisito del *idem* son los hechos materiales, entendido como conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, y por tanto al margen de la calificación jurídica que éstos merezcan.
- Asunto *Van Straaten*⁸⁰¹: además de reiterar el criterio de que lo relevante son los mismos hechos materiales, aclara que no debe exigirse para apreciar esta identidad que las personas presuntamente responsables de estos hechos sean las mismas o sean idénticas las cantidades de droga objeto de tráfico. Finalmente, establece que el principio *ne bis in idem* es predicable cuando en el primer proceso recayó sentencia absolutoria por falta de pruebas.

⁷⁹⁷ Sentencia de 11 de febrero de 2003 del TJUE en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01. Ambos asuntos eran cuestiones prejudiciales, que fueron acumuladas. En ambos casos otro Estado miembro había archivado definitivamente el proceso penal por esos mismos hechos tras haber pagado el imputado lo estipulado por el Ministerio Fiscal en un proceso de extinción de la acción pública.

⁷⁹⁸ VERVAELE califica de notable esta interpretación del Tribunal, toda vez que en el momento de la concepción del artículo 54 CAAS/1990 la propuesta holandesa de incluir las transacciones con el Ministerio Fiscal (“transactie”) fue rechazada, resultando muy clara la voluntad de las Partes Contratantes de excluir estas transacciones del principio *ne bis in idem*. El Tribunal descarta tomar en consideración esta voluntad al haberse integrado Schengen en el Derecho de la Unión Europea con el Tratado de Amsterdam, cfr. VERVAELE, J.A., “El principio *ne bis in idem* en Europa..” *cit.*

⁷⁹⁹ Sentencia de 10 de marzo de 2005 del TJUE en el asunto C-469/03. Precisamente el asunto *Miraglia* hace referencia a la cooperación judicial, dado que esta se deniega por las autoridades holandesas argumentando que habían archivado definitivamente el proceso, cuando esto había sucedido al constatar la existencia de la investigación italiana cuyas autoridades, años después, solicitaron la asistencia. La interpretación que hacía la autoridad neerlandesa impedía de facto a los dos Estados continuar el proceso contra el imputado y fue rechazada por el Tribunal en el fallo ya mencionado. Ahora bien, como acertadamente pone de manifiesto BLANCO CORDERO, se genera con esta sentencia un importante problema práctico, puesto que el tribunal que conoce del segundo proceso no sólo tiene que analizar si existe otra decisión de una autoridad judicial sobre los mismos hechos y respecto al mismo imputado, sino analizar su contenido para concluir si hizo apreciación o no sobre el fondo, cfr. BLANCO CORDERO, I., “El principio de *ne bis in idem*..”, *cit.*

⁸⁰⁰ Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 2006 en el asunto C-436/2004. Esta sentencia se pronuncia también sobre otros aspectos controvertidos, como el momento temporal que debe tenerse en cuenta para apreciar si concurre o no la prohibición de *ne bis in idem*: si el momento del dictado de la primera sentencia (en el caso de autos, no estaba vigente en dicho Estado el convenio Schengen) o el momento del segundo proceso (donde ambos Estados tenían vigente esta normativa) inclinándose el TJUE por esta segunda interpretación.

⁸⁰¹ Sentencia del TJUE de 28 de septiembre de 2006, en el asunto C-150/2005.

- Asunto *Gasparini*⁸⁰²: el principio *ne bis in idem* es predicable cuando en el primer proceso recayó sentencia absolutoria por haber prescrito el delito. No se aplica la prohibición a personas distintas de las que fueron juzgadas en el primer proceso⁸⁰³.
- Asunto *Kretzinger*⁸⁰⁴: lo novedoso de esta sentencia es que establece que la pena se está ejecutando, o se ha ejecutado, cuando se trata de una pena privativa de libertad y se ha dejado en suspenso. No, sin embargo, cuando el imputado ha estado un breve tiempo de prisión provisional y este tiempo debe computarse a efectos de la posterior ejecución de la pena recaída en sentencia.
- Asunto *Kraaijenbrink*⁸⁰⁵: no se consideran los mismos hechos, aun cuando respondan a una misma intención criminal, la posesión en un Estado de grandes cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes y su salida a través de oficinas de cambio en otro Estado.
- Asunto *Bourquain*⁸⁰⁶: la prohibición de *ne bis in idem* se aplica aunque la pena impuesta en el primer proceso no haya podido ejecutarse por particularidades procesales. Señala que dicha prohibición debe predicarse aunque la primera sentencia se dictara en un proceso en rebeldía. Por ello, si para ejecutar la sentencia, por haberse dictado en rebeldía, fuese necesario un nuevo proceso, debe entenderse que la pena no puede ejecutarse al tiempo del segundo proceso.
- Asunto *Turansky*⁸⁰⁷: la prohibición de *ne bis in idem* no es de aplicación a una resolución que archiva el procedimiento en una fase anterior a la inculpación, cuando dicha resolución no extingue definitivamente la acción penal y por tanto no impide que ese Estado abra nuevas diligencias penales por idénticos hechos.

En el caso *Mantello* se analiza también qué autoridad judicial es la competente para declarar el carácter de firme de la primera sentencia recaída en relación con estos mismos hechos, para tras esta declaración dilucidar la aplicabilidad de la prohibición de *ne bis in idem* como causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución de instrumentos de reconocimiento mutuo.

En este caso la primera sentencia (aquella de la que se predica el efecto de cosa juzgada) había sido dictada por un órgano judicial italiano, siendo también la autoridad judicial italiana la que había emitido la OEDE que motiva el planteamiento de la cuestión prejudicial. Por tanto, como se destaca en la sentencia, no se está ante el supuesto de un *ne bis in idem* transnacional, sino que es un único Estado miembro, Italia, el que conoce de los procedimientos de los que puede predicarse la cosa juzgada. Esto planteó que muchos de los Gobiernos que intervinieron en este proceso cuestionaran que en estas condiciones fuera aplicable la causa de denegación de la ejecución de la OEDE con base en la prohibición de *ne bis in idem*. Consideraban que la autoridad judicial que emitía la OEDE era la que se

⁸⁰² Sentencia del TJUE de 28 de septiembre de 2006, en el asunto C-467/04.

⁸⁰³ En relación con el ámbito subjetivo en la aplicación del principio *ne bis in idem*, considera, con ocasión de su exégesis de la sentencia Van Esbroek, que es discutible que los efectos del *ne bis in idem* no puedan ser extendidos a otros sujetos, diferentes de los que fueron enjuiciados en el primer proceso, en dos supuestos concretos: en los casos de sentencia absolutoria por inexistencia del hecho y en los delitos cometidos por una persona jurídica a través de sus órganos de representación. Al respecto, cfr. JIMENO FERNÁNDEZ, F., “Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de Aplicación Schengen”, *cit.*

⁸⁰⁴ Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2007 asunto C-288/2005.

⁸⁰⁵ Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-367/05.

⁸⁰⁶ Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-297/07.

⁸⁰⁷ Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-491/07.

encontraba en mejor posición para concluir si se vulneraba o no la prohibición de *ne bis in idem* en virtud de una sentencia judicial dictada en su propio Estado⁸⁰⁸. En este sentido, el control de la autoridad judicial de ejecución en relación con la prohibición de *ne bis in idem* tiene sentido cuando ha sido otro Estado miembro el que ha dictado la sentencia inicial, pues bien puede suceder que, a falta de un sistema común de antecedentes penales europeos, el Estado miembro emisor de la OEDE ignore la existencia de una sentencia por los mismos hechos en otro Estado miembro; esto sin embargo no ocurrirá cuando, como en el caso de autos, la autoridad judicial que emite la OEDE es del mismo Estado que la autoridad judicial que falló en relación con esos hechos⁸⁰⁹. El Abogado General, sin embargo, manifestó su discrepancia de la opinión de los Gobiernos y consideró que desde el momento en que la persona buscada es objeto de una OEDE su situación está amparada por el Derecho de la Unión y la ejecución de dicha orden debe ser conforme a los principios generales del Derecho que guían la actividad de ésta y la de los Estados miembros cuando aplican este Derecho⁸¹⁰.

La Sentencia de la Gran Sala, al resolver esta cuestión, señala que lo determinante es averiguar la naturaleza exacta de la sentencia dictada en el primer proceso y ello con objeto de determinar si la misma, en virtud del Derecho nacional de dicho Estado, ha extinguido definitivamente la acción pública en el ámbito nacional⁸¹¹.

Para el EEP [art.13.1 a) DM/EEP- art. 198.5 LRM] y para la OEI (art. 11.4 D/OEI) se prevé que en el caso de que vaya a denegarse la ejecución por *ne bis in idem* la autoridad de ejecución consulte a la autoridad competente del Estado de emisión por los cauces adecuados, solicitándole que facilite sin demora la información complementaria necesaria. No se contempla que la autoridad de ejecución formule la consulta a autoridad judicial distinta, esto es, no a la autoridad de emisión del instrumento de reconocimiento mutuo, sino a la sentenciadora en la resolución firme que hace de aplicación la prohibición de *ne bis in idem*. Entendemos que aunque no se mencione expresamente esta opción no está excluida, pues difícilmente podrá dilucidarse, si no, si la primera resolución dictada por esos hechos extingue o no la acción penal, cuestión ésta última que, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, constituye el presupuesto para que la prohibición surta su efecto.

3.1.3.3 Aplicación del *ne bis in idem* a los instrumentos de reconocimiento mutuo para obtención de prueba

En la propuesta de EEP de la Comisión en relación con el *ne bis in idem* se distinguía entre una causa de denegación imperativa, que tenía lugar cuando esta situación se daba en relación con otro Estado miembro, y una causa de denegación facultativa, cuando los procedimientos afectados sean de un tercer Estado, siguiendo en este sentido la línea de la DM/OEDE⁸¹². La DM/EEP suprimió esta distinción⁸¹³,

⁸⁰⁸ Epígrafe 72 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Bot, 7 de septiembre de 2010.

⁸⁰⁹ Epígrafe 80 de las Conclusiones del Abogado General.

⁸¹⁰ Epígrafe 92 de las Conclusiones del Abogado General.

⁸¹¹ Epígrafe 48 de la Sentencia.

⁸¹² Esta regulación del *ne bis in idem* en la DM/OEDE ha generado críticas doctrinales. Así, entre otras consideraciones críticas, JIMENO cuestiona la oportunidad de otorgar un carácter fragmentario a esta causa como motivo obligatorio de denegación de la ejecución (dependiendo de que la sentencia firme anterior haya sido dictada en un Estado miembro o en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, pues sólo en el primer caso es causa obligatoria de denegación, siendo en el segundo caso un motivo meramente facultativo), cfr. JIMENO BULNES, M., “El principio de *non bis in idem* en la orden de detención europea: régimen legal y tratamiento jurisprudencial”, *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.)*, Madrid, 2008, pág. 283-284. En este sentido, con más motivo resulta criticable la previsión contenida en la DM/EEP y en la D/OEI, donde en todo caso, y provenga de cualquier Estado, miembro o no de la Unión Europea, es facultativa la configuración del *ne bis in idem* como causa de denegación de la ejecución.

configurando esta causa de denegación como facultativa en todo caso y obligando a la autoridad de ejecución a consultar previamente a la denegación con la autoridad de emisión.

En la propuesta de D/OEI no se incluía causa de denegación alguna relativa al *ne bis in idem*. Fue durante las negociaciones en los órganos preparatorios del Consejo cuando algunas delegaciones (Alemania, Finlandia, Hungría, Lituania, Países Bajos y Reino Unido) sugirieron que se incluyera como causa facultativa de denegación, de modo que se posibilitase a las autoridades de ejecución no llevar a cabo una medida de investigación que no conduciría, en ningún caso, al ejercicio de la acusación en el Estado de emisión por impedirlo la prohibición de *ne bis in idem*. Otras delegaciones (Austria, República Checa, España e Italia) se oponían a su inclusión argumentando que el posible conflicto de jurisdicción debería ventilarse a través de otros instrumentos, específicamente la Decisión Marco 2009/948 sobre conflictos de jurisdicción⁸¹⁴.

En relación con el EEP, la LRM regula esta causa de denegación de la ejecución en el artículo 32.1.a) - al que se remite el artículo 198.1 LRM en sede específica de EEP - como una causa imperativa, señalando que no se reconocerán ni ejecutarán los instrumentos de reconocimiento mutuo cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y por los mismos hechos y su ejecución vulnerase el principio *ne bis in idem* en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado.

Hemos visto también que del concepto de *ne bis in idem* desarrollado por el TJUE esta prohibición sólo despliega su eficacia cuando ha existido, sobre esos mismos hechos, un pronunciamiento judicial firme que extingue la acción penal. Por tanto, queda fuera del mismo la litispendencia internacional, esto es, el hecho de que sobre estos mismos hechos exista otro procedimiento penal en curso en el Estado de ejecución o en otro Estado de la Unión. DE LA OLIVA pone de manifiesto que esta concepción meramente jurídico-material de la regla *ne bis in idem*, únicamente preocupada de evitar la doble sanción y no el doble enjuiciamiento, es incompatible con la mera idea de la existencia de una comunidad jurídica única, de un espacio judicial europeo donde los ciudadanos de la Unión Europea sean titulares, todos ellos y en todo el territorio de la Unión, de un derecho fundamental sintetizado en la regla *ne bis in idem*⁸¹⁵.

Tomando como parámetro la afectación de la soberanía de los Estados miembros por el principio *ne bis in idem*, BLANCO concluye que el posible menoscabo a la soberanía nacional es menor si aplicamos la prohibición de *ne bis in idem* que si ejecutamos, por mor del reconocimiento mutuo, una sentencia extranjera. En este último caso,

Para una mayor ilustración de esta “involución” resulta útil el estudio de cómo se consagraba el principio de *ne bis in idem* en los convenios extradicionales europeos, y al respecto véase BELLIDO PENADÉS, R., “Cooperación judicial penal y *ne bis in idem* (de la extradición a la orden europea de detención y entrega), en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008, pág. 262-264.

⁸¹³ Así se hizo a propuesta de la Presidencia y a la vista de que no se había llegado a un acuerdo en relación con la Decisión Marco sobre *ne bis in idem*, optándose por aplicar este motivo de denegación del mismo modo que se recogía en la DMD. Documento 11288/05 de 19 de julio.

⁸¹⁴ Documento 12862/10 de 30 de agosto de 2010.

⁸¹⁵ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., “La regla *non bis in idem* en el derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008, pág. 184.

argumenta, el Estado adopta un rol activo, pudiendo llegar a recurrir a medios coactivos. Por el contrario, sostiene, el *ne bis in idem* implica sólo una obligación de no hacer⁸¹⁶.

Varias son las críticas que cabe hacer en relación con la actual configuración del *ne bis in idem* como causa de denegación de los instrumentos de reconocimiento mutuo:

- En primer lugar, que no contenga definición o concepto alguno de qué debe entenderse por esta prohibición. Creemos que la UE debería definirlo en un instrumento vinculante. No hacerlo y diferir su concreción conceptual a la jurisprudencia del TJUE propicia diferentes aplicaciones en el territorio de la UE y dificulta la labor de los operadores jurídicos.

- En segundo lugar, que se configure como una causa meramente facultativa. Respetar la prohibición de *ne bis in idem* no puede quedar al arbitrio de la legislación de implementación en cada Estado miembro, o, lo que sería aún peor, no puede configurarse como facultativa para la autoridad de ejecución en dicha legislación interna. Razones de orden público europeo exigen un tratamiento uniforme al respecto y éste sólo puede pasar porque tal motivo de denegación sea imperativo. Creemos que sólo así se respetará debidamente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge esta prohibición en su articulado.

- Por último, entendemos que debería hacerse una referencia en los instrumentos de reconocimiento mutuo a la litispendencia internacional y a que su constatación active los mecanismos previstos en la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

En relación con la implementación en España de esta causa de denegación de la OEI, resulta crucial para su efectividad práctica cómo aborde el legislador nacional la previsión del considerando 17 relativa a que no deberá denegarse la ejecución por esta razón si va dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto de *ne bis in idem* o si la autoridad de emisión da garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción en un caso que haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos. Somos partidarios, en primer lugar, de que estas excepciones a la causa de denegación por *ne bis in idem* se recojan en el articulado y no en el preámbulo de la ley. En segundo lugar, parece imprescindible que se exija que la autoridad española que ejecute la OEI recabe de la autoridad de emisión la doble garantía prevista en el considerando: a) la finalidad exclusiva de determinar el *ne bis in idem* o b) la no utilización de la prueba recabada para enjuiciar o sancionar en relación con el mismo caso.

BACHMAIER repara además en que en la mayoría de los supuestos transnacionales la identificación del *idem* no podrá ser apreciada de oficio por la autoridad de ejecución, sino que deberá ser la parte la que lo ponga de manifiesto, lo que implica que esté también personada en el Estado de emisión y que tenga conocimiento de su remisión al Estado de ejecución⁸¹⁷.

⁸¹⁶ Al respecto, cfr. BLANCO CORDERO, I., “El principio *ne bis in idem*...”.

⁸¹⁷ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012.

Entendemos que donde deberá poder ponerlo la parte en conocimiento de la autoridad de ejecución española si, en aplicación del artículo 22.1 LRM, se notifica al afectado que tenga su domicilio o residencia en España la recepción de la resolución dictada en el otro Estado miembro cuya ejecución se solicita. Deberá habilitarse un mecanismo en la legislación de implementación de la D/OEI que permita que, una vez la parte lo haya alegado, se formulen las oportunas consultas por la autoridad española de ejecución a la de emisión para que ésta, en su caso, preste las oportunas garantías que hagan no aplicable la causa de denegación por *ne bis in idem*.

3.1.4 Inmunidad

La inmunidad está prevista en ambos instrumentos de reconocimiento mutuo pero ninguno de ellos proporciona una definición sobre el concepto en sí, reconociendo incluso la D/OEI que al respecto hay varias diferencias entre los Estados miembros.

En la DM/EEP, como una causa facultativa de denegación, se recoge la posibilidad de denegar el reconocimiento o la ejecución del exhorto por el hecho de que una inmunidad o privilegio -conforme a la legislación del Estado de ejecución- haga imposible su ejecución [art. 13.1. d) DM EEP].

En el mismo sentido se expresa el artículo 32.1 d) LRM, con la importante diferencia de que está configurada como una causa imperativa de denegación. Por su parte el artículo 31 LRM regula el levantamiento de la inmunidad aunque con este precepto no se está implementando ningún artículo específico que contenga la DM/EEP al respecto, sino que es en sede de la normativa europea sobre OEDE donde viene regulada (concretamente en el art. 20.2 DM/OEDE). No obstante, desde el momento que se incardina en la parte general de la LRM, será de aplicación también al EEP.

En la propuesta de EEP de la Comisión la inmunidad como causa de denegación se recogía en los mismos términos en los que finalmente fue promulgada pero ello no es óbice para que fuera objeto de discusión durante la negociación del instrumento, básicamente para consensuar qué debía entenderse por inmunidad.

En esta línea, República Checa propuso añadir en esta causa de denegación, además del privilegio y la inmunidad, que la ejecución del exhorto fuera incompatible con la obligación de mantener el secreto profesional según la legislación del Estado de ejecución. En similar sentido se pronunció Países Bajos. Alemania matizaba que esta previsión debería limitarse a la finalidad de proteger los derechos y libertades fundamentales. El debate surgió porque no era claro que los términos inmunidad y privilegio abarcasen la protección que debe dispensarse a determinados secretos profesionales, como los propios de médicos y abogados. Las posturas del resto de los Estados miembros estuvieron divididas al respecto, mientras que unos apoyaban añadir esta mención al secreto profesional, otros (España entre ellos) consideraban que ampliaba demasiado el margen de denegación, y que dentro del secreto profesional se podría ir más allá que en los casos de médicos y abogados.

La mayoría aceptaron que en los considerandos se indicase qué debía entenderse por inmunidad o privilegio⁸¹⁸, y así se propuso añadir un considerando que señalase que toda vez que no existe una definición común de inmunidad o privilegio, estos términos deben entenderse, a los efectos de la DM/EEP, entre otros, como protección aplicable a médicos y abogados⁸¹⁹. Dos delegaciones, Portugal y Alemania, no se mostraban conformes con dicha redacción. En el Consejo de Asuntos de Justicia e Interior que tuvo lugar el 1 y 2 de diciembre de 2005 se propone añadir en el considerando que no debe entenderse en un sentido que se

⁸¹⁸ Documento 14760/05 de 21 de noviembre de 2005.

⁸¹⁹ Documento 15002/05 de 29 de noviembre de 2005.

oponga a la obligación de suprimir determinados motivos de denegación que figuran en el artículo 7 del Acto del Consejo de 16 de octubre de 2001⁸²⁰. Con esta redacción, no precisamente clara, se están refiriendo al secreto bancario. Por medio de dicho Acto el Consejo celebraba, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el P/CUE/2001 cuyo artículo 7 señalaba que ningún Estado miembro invocará el secreto bancario como motivo para rechazar una cooperación relativa a una solicitud de asistencia judicial de otro Estado miembro. Así es aprobado por el Consejo reunido el 21 de febrero de 2006⁸²¹ conformando el texto definitivo del actual considerando 17 de la DM/EEP.

En la D/OEI, se precisa más. Su artículo 11.1 a) hace mención como causa de denegación a que exista inmunidad o privilegio en el derecho del Estado de ejecución que haga imposible ejecutar la OEI, pero también que resulte imposible la ejecución en virtud de normas sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de la prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación. BACHMAIER destaca la ambigüedad de esta última expresión, pues no resulta claro si se refiere a la protección de las fuentes de información o a una exigencia de doble incriminación en el caso de perseguirse delitos relacionados con el derecho a la libertad de expresión⁸²².

Por su parte el considerando 20 D/OEI recuerda que no existe una definición común de lo que constituye una inmunidad o un privilegio en el Derecho de la Unión, correspondiendo al Derecho nacional establecer una definición exacta de estos términos. Ejemplifica que puede comprender la protección aplicable a las profesiones de médicos y abogados, también a las normas relativas de libertad de prensa y libertad de expresión, que, como hemos visto, vienen también mencionadas en el propio articulado. Por otra parte, fija un límite en la definición de este concepto, al explícitamente destacar que no deberán interpretarse en el sentido que se oponga a la obligación de suprimir determinados motivos de denegación establecidos en el P/CUE/2001, en clara referencia al secreto bancario.

En las negociaciones de la D/OEI se destacó que la libertad de prensa merecía específica atención para cubrir todos aquellos supuestos en los que un periodista no es penalmente responsable porque goza de una especial protección. Este privilegio es entendido en algunos Estados como una forma específica de inmunidad, aunque no en todos, pues los hay que tienen un diferente enfoque de esta cuestión. Se cuestionó si esta alusión suponía dejar fuera otros supuestos posibles -como el ejercicio de la medicina - y si no podría incardinarse dentro de una causa general de denegación vinculada a la protección de derechos fundamentales⁸²³.

La D/OEI regula el levantamiento de la inmunidad en el artículo 11.5 D/OEI, en el sentido de que si el levantamiento de la inmunidad recae en la autoridad de ejecución a ésta le corresponde hacerlo, mientras que si recae en la autoridad de otro Estado o en una organización internacional es la autoridad de emisión la que debe proceder a solicitarlo. Nos parece loable que se haya introducido esta previsión que, como apuntábamos, estaba prevista en otros instrumentos de reconocimiento mutuo, como la OEDE, pero no en la DM/EEP.

⁸²⁰ Documento 15957/05 de 20 de diciembre de 2005.

⁸²¹ Documento 7355/06 de 14 de marzo.

⁸²² Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012.

⁸²³ Documento 9591/11 de 4 de mayo de 2011.

3.1.5 Territorialidad y extraterritorialidad

Entre los dos instrumentos de reconocimiento mutuo destinados a obtener prueba las diferencias son importantes en relación al tratamiento que dispensan a la denegación del reconocimiento o de la ejecución basada en el lugar donde el hecho delictivo se ha cometido. Veámoslas por separado.

3.1.5.1 Territorialidad y extraterritorialidad en el EEP

En la DM/EEP, al igual que en otros instrumentos de reconocimiento mutuo, se introduce una causa de denegación del reconocimiento en función de dos factores: el territorio y la competencia extraterritorial de los Estados. De acuerdo con estos dos factores, la DM/EEP distingue las siguientes causas de denegación:

1º) Territorialidad: que los hechos delictivos, conforme a la legislación del Estado de ejecución, se consideren cometidos en su totalidad - o en una parte importante o esencial- en el territorio de dicho Estado de ejecución o en un lugar equivalente a su territorio [art. 13.1.f).i) DM/EEP - art. 32.3 LRM]. En este caso el mandato de la DM/EEP es que la decisión de denegación sea excepcional y atienda a una serie de criterios teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular (art. 13.3 DM/EEP):

- si una parte importante o esencial del delito de que se trate ha tenido lugar en el Estado de emisión,
- si el exhorto se refiere a un acto que no constituye delito con arreglo a la ley del Estado de ejecución
- si fuera necesario llevar a cabo una operación de registro o incautación para la ejecución de dicho exhorto.

Deberá consultarse a Eurojust antes de dictar resolución, y, en caso de que la autoridad competente esté en desacuerdo con el dictamen de Eurojust, los Estados miembros velarán por que motive su resolución y porque se informe al Consejo (art. 13.4 DM/EEP).

En la LRM existe una cierta contradicción a la hora de regular esta causa de denegación. El artículo 198.1, además de incluir causas específicas de denegación para este instrumento, remite, en cuanto a las generales, a los supuestos del artículo 32.1 LRM. Sin embargo, es el artículo 32.3 LRM –no el epígrafe 1- el que se refiere a la territorialidad. Por tanto, podría parecer que esta causa de denegación estaría excluida del EEP. Contradictoriamente con esta dicción, el artículo 198.4 LRM recoge los criterios para aplicarla y la necesidad de consultar a Eurojust antes de hacerlo. Una interpretación integradora de la LRM (y conforme con la DM/EEP) nos hace concluir que la territorialidad se aplica al EEP, a pesar de que no haya una referencia expresa a este precepto (art. 32.3 LRM). Esta incoherencia de la LRM, que parece más un olvido del legislador español, es algo que a nuestro juicio bien merecería una corrección de errores.

2º) Extraterritorialidad: que los hechos delictivos se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y la legislación del Estado de ejecución no permita la acción penal contra tales delitos en caso de haber sido cometidos fuera del territorio de su propio Estado [art.13.1.f) ii) DM/EEP- art. 198.1.d) LRM].

En la propuesta de EEP no se incluía causa alguna de denegación al amparo de la competencia territorial o extraterritorial. Sin embargo, durante el largo proceso de elaboración normativa de la DM/EEP gran parte de los debates se centraron en este aspecto.

La iniciativa fue de Alemania, que propuso introducir una causa de denegación para el caso de que el delito se haya cometido fuera del Estado de emisión y la legislación del Estado de ejecución no permita la persecución de delitos similares cometidos fuera de su territorio⁸²⁴. La delegación de los Países Bajos se sumó a esta propuesta y añadió como causa de denegación que el delito según la legislación del Estado de ejecución se haya cometido total o parcialmente en su territorio o en un lugar equivalente a su territorio⁸²⁵. España también hizo una propuesta, en el sentido de que el Estado de ejecución pudiese condicionar la ejecución a la doble tipificación de la conducta cuando el delito se haya cometido en todo o en su parte esencial en el territorio del Estado de ejecución⁸²⁶.

Sobre estos aspectos se elevó consulta al Consejo, que acordó incluir una cláusula denegatoria del reconocimiento basado en la territorialidad, pero sin consensuar un texto definitivo⁸²⁷.

La Comisión introdujo un cuarto criterio, proponiendo distinguir si era necesario o no adoptar medidas coercitivas, de modo que la causa de denegación relativa a que los hechos se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y la legislación del de ejecución no permita su persecución extraterritorial sólo pudiera alegarse cuando fuesen necesarias medidas coercitivas⁸²⁸. Sin embargo, en el Grupo de Trabajo de Cooperación Penal esta propuesta de la Comisión no obtuvo respaldo, por lo que la Presidencia propuso mantener el texto con la previsión de denegación de la ejecución si el delito se cometió fuera del territorio del Estado de emisión y la legislación del de Ejecución no permitiría su persecución extraterritorial y también la relativa a la que el delito se había cometido parcialmente en el territorio del Estado de ejecución, pero añadiendo una declaración del Consejo en el sentido de que esta causa de denegación no pretende perjudicar la cooperación transfronteriza en materia penal, esperando que fuera usada sólo en circunstancias excepcionales ante casos esencialmente nacionales⁸²⁹.

Dinamarca y Francia dudaban de que esta propuesta de la Presidencia fuera la solución, y la Comisión, Países Bajos y Letonia mostraron sus reservas al respecto⁸³⁰. El Comité del artículo 36 examinó esta cuestión llegando a la conclusión de que no era un aspecto técnico o jurídico, sino meramente político y como tal debía ser tratado⁸³¹. La Presidencia propuso mantener la versión inicial pero añadiendo que al decidir si concurre este motivo de denegación deberán analizarse las circunstancias concretas de cada caso, tomando en consideración las circunstancias específicas del mismo, concretamente si el delito se ha cometido en su totalidad o en una parte sustancial en el territorio del Estado de emisión. Junto a ello se proponía mantener la declaración del Consejo a que antes se ha hecho referencia pero enfatizando que el Consejo reconoce que los Estados miembros poseen soberanía sobre un delito cometido en su territorio⁸³². El Consejo de Asuntos de Justicia e Interior reunido el 1 y 2 de diciembre de 2005 no logró que se alcanzara un acuerdo sobre este tema⁸³³.

⁸²⁴ Documento 16243/04 de 20 de diciembre de 2004.

⁸²⁵ Documento 5829/05 de 1 de febrero de 2005.

⁸²⁶ Documento 8863/05 de 17 de mayo de 2005.

⁸²⁷ Documento 7828/05 de 6 de abril de 2005.

⁸²⁸ Documento 11959/05 de 7 de septiembre de 2005.

⁸²⁹ Documento 13314/05 de 14 de octubre de 2005.

⁸³⁰ Documento 13401/05 de 24 de octubre de 2005.

⁸³¹ Documento 14610/05 de 17 de noviembre de 2005.

⁸³² Documento 15002/05 de 29 de noviembre de 2005.

⁸³³ Documento 15957/05 de 20 de diciembre de 2005.

Francia presentó el 31 de marzo de 2006 una propuesta sobre esta controvertida causa de denegación. La premisa de la que partía es que en los instrumentos de reconocimiento mutuo no debería existir un motivo de denegación de la ejecución basado en el lugar de comisión del hecho delictivo, puesto que permite que la cooperación se deje sin efecto sin requerir al Estado de ejecución que inicie su propio procedimiento penal para perseguir ese hecho delictivo cometido en su territorio. Por otra parte, destaca que las solicitudes de prueba en relación con delitos que se han cometido en el territorio de dos o más Estados constituyen la mayor parte las peticiones de auxilio judicial internacional, siendo ésta imprescindible para recabar todos los elementos probatorios diseminados en varios Estados. La causa de denegación basada en la territorialidad pone en serio peligro la cooperación judicial entre los Estados miembros. Por tanto, Francia, en su intento de no perjudicar con su visión sobre este particular la adopción de la DM/EEP como última concesión al respecto estaría dispuesta a suscribir un texto en el que se recogiera que cuando el delito se haya cometido sólo parcialmente en el territorio del Estado de ejecución, su legislación nacional no puede introducir motivos obligatorios denegatorios de la ejecución, quedando a criterio de la autoridad judicial de ejecución, que deberá analizar el caso concreto, atendiendo a las circunstancias específicas que concurran y analizando singularmente si una parte importante o esencial del delito se cometió en el Estado de emisión. Por otra parte, considera que los Estados miembros que opten por introducir la causa de denegación basada en este motivo deberán hacerlo constar mediante la oportuna declaración, de modo que el resto de Estados puedan cooperar libremente entre sí y aplicar la reciprocidad en relación con los que haya formulado la declaración⁸³⁴.

A la vista de esta propuesta, Dinamarca formuló otra, que, en relación con la decisión de denegación que podrían tomar las autoridades de ejecución caso por caso, matizaba que no sería de aplicación cuando el exhorto se refiera a un hecho que no constituye delito de acuerdo con la legislación del Estado de ejecución si era necesario realizar un registro o incautación para la ejecución del exhorto, considerando por tanto que en estos casos la legislación de implementación sí podía acoger un motivo imperativo y general de denegación⁸³⁵.

Esta cláusula automática de denegación encontró objeciones en algunos Estados (España, Francia y Bélgica). Tampoco el juego del principio de reciprocidad en función de las declaraciones de los Estados que había introducido la propuesta francesa gozó de general aceptación (Alemania y Países Bajos lo cuestionaron, y en general se discutió si acogerse a la reciprocidad debía ser, a su vez, objeto de declaración específica). La Presidencia propuso sustituir la reciprocidad por un mecanismo basado en el que anualmente los Estados comunicasen los casos en los que la ejecución se había denegado en base a la territorialidad (al modo que se contempla en otras decisiones marco, como la de sanciones pecuniarias)⁸³⁶.

Finalmente se logra alcanzar un acuerdo (consagrando el texto definitivo sobre este particular) con las siguientes singularidades:

- La denegación, facultativa, debe basarse en que el delito se ha cometido enteramente o en su parte esencial en el territorio del Estado de ejecución (no, por tanto, si sólo se ha cometido parcialmente, en un aspecto no crucial).
- La decisión queda reservada a las autoridades de ejecución para cada caso específico, valorando las circunstancias concretas, si parte esencial del delito se ha cometido en el Estado de emisión, si el exhorto se refiere a un hecho que no constituye delito en el Estado de ejecución y si resulta o no necesario llevar a cabo un registro o incautación. De este modo, la cláusula automática danesa queda descartada y sus razones convertidas en circunstancias que deberá ponderar la autoridad de ejecución.

⁸³⁴ Documento 8018/06 de 31 de marzo de 2006.

⁸³⁵ Documento 8837/06 de 28 de abril de 2006.

⁸³⁶ Documento 9221/06 de 11 de mayo de 2006.

- Deberá consultarse a Eurojust cuando una autoridad pretenda denegar la ejecución basándose en que el delito ha sido cometido, al menos en su parte esencial, en su territorio, y si se apartara del criterio de Eurojust, la autoridad de ejecución deberá motivar su denegación.

- Cualquier Estado que incorpore a su Derecho interno la causa de denegación basada en la territorialidad deberá notificarlo a la Secretaría del Consejo mediante una declaración. No se introduce, sin embargo, margen alguno al principio de reciprocidad⁸³⁷.

El Parlamento en su Resolución legislativa de 21 de octubre de 2008 presentó diversas enmiendas para que la causa de denegación basada en la territorialidad fuera suprimida, tanto en lo relativo a que los hechos se hayan cometido en el territorio del Estado de ejecución – la que hemos venido denominando territorialidad – como a que hayan tenido lugar fuera del territorio del Estado de emisión y la legislación del de Ejecución no permita su persecución extraterritorial (enmienda número 21). Coherentemente, instaba la supresión de que las autoridades de ejecución decidiesen caso por caso y valorando determinadas circunstancias (enmienda 23), la obligación de consultar a Eurojust (enmienda 24) y la obligación de los Estados miembros de notificar mediante la pertinente declaración la recepción en su derecho interno de esta causa de denegación (enmienda 36). Como era habitual, estas enmiendas no fueron acogidas y el texto se aprobó en los términos consensuados en el Consejo.

El artículo 23.3 DM EEP exige a los Estados que tengan intención de incorporar a su derecho interno estos motivos de denegación que lo notifiquen mediante la oportuna declaración a la Secretaría General del Consejo en el momento en que adopten la decisión marco. España ha realizado esta declaración destacando que ambos motivos han quedado incorporados a la LRM⁸³⁸.

3.1.5.2 Territorialidad y extraterritorialidad en la OEI

Como anunciábamos, el tratamiento del territorio y la competencia como causa de denegación es diferente en el caso de la D/OEI. La directiva incluye únicamente la territorialidad, excluyendo la extraterritorialidad.

El artículo 11.1 e) D/OEI regula de manera muy distinta la causa de denegación basada en la territorialidad. Exige que se refiera a un delito que presuntamente ha sido cometido fuera del territorio del Estado de emisión, pero total o parcialmente en el territorio del Estado de ejecución donde la conducta en relación con la cual se emite la OEI no es constitutiva de delito. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que no exige que la parte del delito cometido en el territorio del Estado de ejecución sea importante o esencial, como ocurriera con el EEP. Pero también sobre que la vincula a la doble tipificación de la conducta, de modo que si la conducta sí es delictiva en el Estado de ejecución la causa de denegación no operaría.

Es digno de resaltar también que en este punto no hay referencia alguna a una serie privilegiada de categorías delictivas que eximan del control de doble tipificación. En consecuencia, si en el Estado de ejecución se ha cometido (total o parcialmente) una conducta de las recogidas en las categorías del anexo D podrá la autoridad de ejecución denegar la ejecución, sin estar exenta del control de doble tipificación de la conducta.

En la propuesta de directiva no se hacía referencia a una causa de denegación de esta naturaleza. Fue Alemania la que sugirió que se incluyera una mención a que la OEI

⁸³⁷ Documento 11235/06 de 10 de julio de 2006.

⁸³⁸ Documento 8723/15 de 11 de mayo de 2015.

se refiriera a un delito que tuviera una conexión relevante con el Estado de emisión⁸³⁹. En las fases posteriores de la negociación se incluyó la fórmula que se aprobó finalmente, si bien se discutieron extensamente sus exactos términos. Concretamente, si además de que la conducta no fuese delito en el territorio del Estado de ejecución era preciso exigir que la medida conllevase la necesidad de adoptar medidas coercitivas⁸⁴⁰. Por otra parte, el Parlamento Europeo, en las conversaciones con el Consejo, sí propuso la inclusión de la extraterritorialidad, en términos coincidentes con los recogidos en el EEP⁸⁴¹

QUINTERO, en relación con la regulación que sobre este particular contiene la OEDE, analiza los problemas que dichas causas de denegación implican para un espacio judicial común como el que pretende ser el europeo. Enfatiza que, en lugar de consagrarse un criterio uniforme de determinación de la competencia territorial para todos los Estados de la UE, se ha optado por respetar la opción de cada legislador nacional sobre dónde debe entenderse cometido el delito, lo que supone un paso atrás en la construcción del espacio judicial común. Del mismo modo, entiende que resulta esencial contar con un criterio objetivable que establezca cual ha de ser el Estado que debe juzgar los hechos en los casos en los que el delito se ha cometido en diferentes Estados, debiendo perseguirse, con dicho criterio, la eficacia en la aplicación de la ley penal. La conclusión que alcanza es que resulta imprescindible la armonización del derecho penal y la unificación del sistema judicial penal para dotar de virtualidad al espacio judicial europeo⁸⁴². Coincidimos plenamente en este enfoque y no tanto en el hecho de que esta causa no debería haber sido recogida en la D/OEI, como sostienen algunos autores⁸⁴³. Tal y como ha sido finalmente redactada la causa de territorialidad en la D/OEI, la esencia del motivo de denegación, en nuestra opinión, es el hecho de que la conducta no sea delictiva en el Estado de ejecución y no tanto - por mucho que sea requisito para su invocación - que ha sido en su territorio donde la misma ha tenido lugar. La única contradicción que parece evidente en el texto de la D/OEI es el hecho de que la exención del doble control de tipificación para las 32 categorías delictivas no se aplique a este supuesto. Al margen de esto, la introducción de la territorialidad nos parece insoslayable a la vista de la disparidad normativa en la tipificación de conductas que existe hoy día en el supuesto espacio común de libertad, seguridad y justicia europeo.

La exclusión de la extraterritorialidad como causa de denegación de la OEI resta cierta coherencia al instrumento. En efecto, la D/OEI mantiene la doble tipificación de la conducta cuando son necesarias medidas coercitivas. Esto implica partir del presupuesto de que no está justificado restringir derechos fundamentales de ciudadanos que se encuentren en el Estado de ejecución por hechos que no son delito en ese territorio. En el caso de la causa de denegación por extraterritorialidad los hechos sí son delito, pero de tratarse de un caso nacional el Estado de ejecución no podría perseguirlos extraterritorialmente. Coadyuvar a que lo haga otro Estado miembro en idéntica

⁸³⁹ Documento 8555/11 de 1 de abril de 2011.

⁸⁴⁰ Documento 9747/1/13 REV 1 de 29 de mayo 2013.

⁸⁴¹ Documento 9747/1/13 REV 1 de 29 de mayo 2013.

⁸⁴² Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., "Lugar de comisión del delito. El principio de territorialidad. Estado miembro de ejecución y de emisión", en *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN Dir., MUÑOZ DE MORALES Coord.), Cuenca, 2006, pág. 220 y pág. 227.

⁸⁴³ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., "La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación", *Diario La Ley*, nº 7992, 2012; Cfr. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., "Orden europea de investigación ¿Adiós a las comisiones rogatorias?", cit, pág.188.

situación y adoptar medidas coercitivas en el Estado de ejecución cooperando en dicha persecución resulta, a nuestro modo de ver, poco coherente.

3.1.6 Seguridad nacional, protección de la fuente de información y utilización de información clasificada

De manera idéntica, los dos instrumentos de reconocimiento mutuo dedicados a la obtención de prueba recogen que la ejecución del EEP y de la OEI podrá denegarse si, en un caso concreto, su ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de la información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia [art.13.1.g) DM/EEP- art. 198.1.c) LRM y artículo 11.1. b) D/OEI]. Esta es una de las causas que exigen, antes de acogerla para denegar total o parcialmente el reconocimiento, que la autoridad competente del Estado de ejecución consulte a la autoridad de emisión, solicitándole en su caso que le facilite la información complementaria necesaria (art. 13.5 DM/EEP- art. 198.5 LRM y art. 11.4 D/OEI).

Pero el considerando 18 DM/EEP aporta una matización muy importante para la aplicación práctica de esta causa de denegación que, sin embargo, no tiene su equivalente en la D/OEI. Nos referimos a la observación de que se aplicará esta causa de no reconocimiento o de no ejecución “sólo cuando y en la medida en que los objetos, documentos o datos no fueran utilizados por estos motivos como prueba en un caso nacional comparable”.

En relación con el EEP, su introducción tiene como origen una propuesta británica, que propuso una cláusula de denegación casi idéntica a la que finalmente fue aprobada⁸⁴⁴. Simultáneamente, la delegación checa proponía que razones de orden público, seguridad, soberanía u otros intereses esenciales del Estado de ejecución permitiesen la denegación del reconocimiento o ejecución del exhorto⁸⁴⁵. El Grupo de Cooperación Penal acordó continuar las negociaciones sobre la base de la propuesta británica⁸⁴⁶. Algunos Estados, como España, eran partidarios de limitar la causa de denegación a la información clasificada; otros, como Luxemburgo, consideraban que debía suprimirse este motivo de denegación. Países Bajos y Austria la apoyaban, pero condicionándola a que existieran previamente consultas entre la autoridad de ejecución y la de emisión⁸⁴⁷. Posteriormente España sugirió que pudiera invocarse esta causa tan sólo en la misma medida en que pudiera hacerse en procedimientos nacionales⁸⁴⁸. En los debates se reseñaba que este tipo de causa de denegación no solía recogerse en los instrumentos de reconocimiento mutuo. Sin embargo, en opinión de otros Estados, los demás instrumentos dejaban más margen para denegar el reconocimiento⁸⁴⁹. Portugal propuso que esta causa se limitase, de modo que su redacción especificara que si, en un caso concreto, la ejecución pudiera lesionar estos intereses, podía denegarse el reconocimiento o la ejecución del exhorto⁸⁵⁰ (por tanto la limitación se introducía en la exigencia de que en ese caso específico la lesión tuviera lugar). Suecia era partidaria de excluir esta causa denegatoria, y ello a la vista de que el artículo 33 del Tratado de la Unión Europea ya contemplaba que todas las disposiciones en materia de cooperación policial y judicial en materia penal debían entenderse sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de

⁸⁴⁴ Documento 5153/05 de 6 de enero de 2005.

⁸⁴⁵ Documento 5154/05 de 6 de enero de 2005.

⁸⁴⁶ Documento 11288/05 de 19 de julio de 2005.

⁸⁴⁷ Documento 13401/05 de 24 de octubre de 2005.

⁸⁴⁸ Documento 14102/05 de 8 de noviembre de 2005.

⁸⁴⁹ Documento 14246/05 de 11 de noviembre de 2005.

⁸⁵⁰ Documento 14610/05 de 17 de noviembre de 2005.

mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior⁸⁵¹. A la vista de que no se alcanzaba consenso sobre estos particulares, se propuso añadir un considerando que especificase que la denegación del reconocimiento o de la ejecución sólo se aplique cuando, y en la medida en que, los objetos, documentos o datos no fueran utilizados por estos motivos como prueba en un caso nacional comparable⁸⁵². Así se aprobó finalmente⁸⁵³, dando lugar al considerando 18 de la DM/EEP.

Consideramos que es muy significativo que en los instrumentos de reconocimiento mutuo relativos a la obtención de prueba se contemple una causa de denegación relativa a la protección de los intereses esenciales de seguridad nacional, pues nada similar encontramos en todos los demás. En este sentido, la matización clave es la que recoge el considerando 18 DM/EEP de equiparación *a un caso interno similar*, aunque creemos que esta exigencia debería estar en el articulado, no sólo en los considerandos. Somos también de la opinión de que debería haberse recogido también en la D/OEI; al no hacerlo, el margen de denegación de la OEI en este punto es mayor que en la DM/EEP. BACHMAIER apunta que a este resultado podría llegarse con la aplicación del artículo 9.1 D/OEI, que exige ejecutar la medida de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si la medida de investigación de que se trate hubiere sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución⁸⁵⁴. Coincidimos en que sería deseable que así lo entendieran las autoridades de ejecución, pero mucho nos tememos que la salvedad recogida a continuación en este mismo artículo 9.1 (“salvo que la autoridad de ejecución decida invocar alguno de los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución de la OEI”) hará que muchos concluyan que este mandato de equiparación a causas nacionales no se extiende cuando resulta de aplicación alguna de las causas de denegación, salvo que expresamente así se disponga en éstas. Al no hacerlo la que ahora nos ocupa es previsible que, en la práctica, las autoridades de ejecución apliquen raseros distintos según se trate de casos nacionales o casos de otros Estados miembros.

3.2 Causas específicas del EEP

3.2.1 Defectos en el formulario

La defectuosa cumplimentación del certificado o formulario que constituye el exhorto viene configurada como una causa de posible aplazamiento del reconocimiento, pero también, previa consulta de la autoridad de ejecución a la de emisión, como causa de denegación de su reconocimiento o de su ejecución [art. 13.1.h) y art. 13.5 DM/EEP-art. 32.1.c) LRM]. La autoridad de ejecución debe pedir la información complementaria que resulte necesaria en este trámite de consulta y conferir un plazo razonable a la autoridad de emisión para que la proporcione. Sólo si a pesar de esta petición el formulario sigue siendo erróneo o incorrecto, la autoridad de ejecución puede denegar el reconocimiento o la ejecución.

En la D/OEI no se recoge una causa de denegación similar. Se prevé en el artículo 16.2 a) D/OEI que la autoridad de ejecución informe a la de emisión inmediatamente si considera que le es imposible adoptar una decisión sobre el reconocimiento o la ejecución debido a que el formulario previsto en el anexo A está incompleto o es

⁸⁵¹ Documento 14760/05 de 21 de noviembre de 2005.

⁸⁵² Documento 15002/05 de 29 de noviembre de 2005.

⁸⁵³ Documento 15957/05 de 20 de diciembre de 2005.

⁸⁵⁴ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012.

manifiestamente incorrecto. No se prevé, sin embargo, qué resolución debe dictarse en caso de que, tras esta información, el formulario no se complete o subsane.

Durante la negociación de la OEI se discutió si debía incluirse pues algunas delegaciones opinaban que, de no hacerlo, se generaría una situación de bloqueo si el formulario no se subsanaba. En consecuencia postulaban la conveniencia de incluir una causa de denegación específica sobre este particular, como se había hecho en la DM/EEP. Sin embargo esta inclusión se consideró finalmente innecesaria, al entender que con la obligación de información relativa a la imposibilidad de ejecución de la OEI quedaba desbloqueada la situación⁸⁵⁵.

3.2.2 Ausencia de validación

La ausencia de validación viene regulada en el exhorto como una causa de aplazamiento del reconocimiento y también como una causa de denegación [art. 13.1. e) DM/EEP- art. 198.1 b) LRM, en remisión al 196.4 LRM].

Recordemos que la validación se contemplaba desde dos perspectivas: una general, cuando es el Estado miembro el que, en una concreta declaración, la exige cuando la autoridad de emisión no es un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal si, en un caso nacional similar y conforme a la legislación del Estado de ejecución, las medidas necesarias para la ejecución del exhorto deban ser dictadas o supervisadas por un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal (art. 11.5 DM/EEP); otra específica, en cada exhorto en concreto, cuando es necesario llevar a cabo un registro o incautación y la autoridad de emisión no es un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal y el exhorto no ha sido validado por una de las citadas autoridades del Estado de emisión (art. 11.4 DM/EEP, que exige previa consulta al respecto con la autoridad de emisión).

En nuestra opinión, esta causa de denegación ha perdido su sentido originario desde el momento en que la autoridad de ejecución no viene obligada a adoptar medidas coercitivas de ningún tipo, siendo esta autoridad la que decide cómo se ejecuta el EEP, a través de qué concreta medida a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto (que pueden ser coercitivas o pueden no serlo, incluso aunque la efectividad de estas últimas sea menor). Así las cosas, la autoridad de emisión y específicamente la validación carecen de la trascendencia que tendría si su decisión fuese objeto de reconocimiento mutuo hasta el punto de restringir derechos fundamentales.

3.3 Causas específicas de denegación de la OEI

3.3.1 Infracción de derechos fundamentales

En los instrumentos de reconocimiento mutuo “de primera generación” no encontramos una causa de denegación específicamente relativa a la infracción de derechos fundamentales. Sí contienen, sin embargo, una previsión general que especifica que nada en su aplicación podía modificar la obligación de respetarlos. ARMENTA destaca cómo la protección de los derechos fundamentales no es utilizada como guía para alcanzar la armonización de las legislaciones procesales penales y menos aún para un proceso penal común europeo, sino que se utiliza como mecanismo para dificultar la

⁸⁵⁵ Documento 12862/10 de 30 de agosto de 2010.

eficacia de los instrumentos a través de los cuales la europeización del proceso va abriéndose camino pasando, en definitiva, de guía a condicionante⁸⁵⁶.

En este sentido, en el EEP no existe una causa de denegación específica relativa a derechos fundamentales, pero el artículo 1.3 DM/EEP señala que la DM/EEP no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán inmutables. Debe tenerse también presente lo dispuesto en los considerandos 27 y 28 DM/EEP, que abundan en esta misma idea.

En la propuesta de la Comisión sobre el EEP no se contenía una previsión específicamente destinada a la protección de los derechos fundamentales. Durante las reuniones del Grupo de Trabajo en Cooperación Penal la delegación británica propuso la introducción de una cláusula especialmente dedicada a esto, de modo similar a cómo existía en la DM/EPYAP (artículo 1 y considerando 6º) y en la DM/OEDE (artículo 1 y considerando 12). La Presidencia trasladó al Comité del artículo 36 la decisión de si una cláusula semejante debía incluirse⁸⁵⁷, optándose por incluir en el artículo 1 la misma cláusula general relativa a derechos fundamentales que se recogiera en otros instrumentos de reconocimiento mutuo⁸⁵⁸.

Por su parte, GUERRERO considera que estas previsiones generales de los instrumentos de reconocimiento mutuo son significativas de que nos encontramos frente a un nuevo concepto de cooperación judicial penal en el que ya no priman las relaciones internacionales ni el principio “non enquire” - en referencia a que no se examinaba el ajuste a los derechos fundamentales de las peticiones que un Estado hacía a otro-. El modelo actual supone para las autoridades judiciales de los distintos Estados un ejercicio conjunto del *ius puniendi*, donde hay un interés común o compartido para la protección de bienes jurídicos comunes, que interesa a todos los Estados. En consecuencia, el requisito para la actual cooperación judicial es el respeto al proceso justo del artículo 6 CEDH y esto ha tenido entrada en los instrumentos de reconocimiento mutuo con previsiones como la transcrita o la cláusula de orden público⁸⁵⁹.

El cambio es notable en la D/OEI, donde la protección a los derechos fundamentales está muy acentuada. Recoge expresamente una causa de denegación basada en que existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación incluida en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de

⁸⁵⁶ Cfr. ARMENTA DEU, T., “Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: guía y condicionante” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona, 2013, pág.81.

⁸⁵⁷ Documento 14121/04 de 4 de noviembre de 2004.

⁸⁵⁸ Documento 11288/05 de 19 de julio de 2005.

⁸⁵⁹ Cfr. GUERRERO PALOMARES, S., “La configuración del derecho fundamental al proceso justo, debido o equitativo (fair trial o due process) en el ámbito de la Unión Europea” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana* (ROBLES dir.coord), Cizur Menor, 2013.pág.111-117. Un desarrollo muy completo de los tres modelos de cooperación internacional penal (como parte del propio *ius puniendi*, como parte de las relaciones internacionales y modelo de persecución internacional compartida) lo encontramos explicado con detalle en NIETO MARTÍN, A., “El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional” en *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo* (coord. DÍEZ PICAZO, L.M, y NIETO MARTÍN, A), Cizur Menor, 2010, pág.461-474.

ejecución de conformidad con el artículo 6 TUE y de la Carta [art.11.1 f) D/OEI]. Su importancia también se desprende de otros preceptos, de los que resulta evidente la clara voluntad del legislador europeo de que la cooperación judicial en materia penal se lleve a cabo con escrupuloso respeto a los derechos fundamentales. Nos referimos al considerando 18, que destaca que la directiva no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales, pero sobre todo al considerando 19 D/OEI. Este, tras proclamar que la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión se basa en la confianza mutua y en una presunción de respeto por parte de los demás Estados miembros al Derecho de la Unión y a los derechos fundamentales, califica de *iuris tantum* esta presunción. De modo que si hubiera motivos sustanciales para creer que la ejecución de una medida de investigación indicada en la OEI vulneraría un derecho fundamental del interesado y que el Estado de ejecución ignoraría sus obligaciones con su ejecución, la OEI deberá denegarse. Por otra parte, el artículo 1.4 D/OEI repite la cláusula general relativa a que la directiva no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 TUE, siendo la novedad que incluye la referencia expresa al derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, enfatizando que cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respeto permanecerán incólumes⁸⁶⁰.

La propuesta de directiva no contenía una causa de denegación basada en la infracción de derechos fundamentales pero la conveniencia de introducirla se debatió desde las primeras negociaciones en los órganos preparatorios del Consejo. La delegación alemana y británica eran partidarias de esta inclusión mientras que otras consideraban que hacerlo sería contrario a la confianza mutua que inspiraba la promulgación de instrumentos de reconocimiento mutuo, al margen de que entendían que siempre sería posible no ejecutar una medida de investigación que infringiera derechos fundamentales, sin necesidad de causa de denegación específica⁸⁶¹.

Durante la tramitación de la D/OEI se recabó la opinión de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE sobre la iniciativa. La Agencia destacó que una causa de denegación que hiciera referencia a derechos fundamentales podía ser una herramienta adecuada para evitar su infracción en investigaciones transfronterizas. Pero al mismo tiempo, la autoridad de ejecución debe familiarizarse con las normas procesales penales del Estado de emisión y con los detalles del caso concreto. Como consecuencia, una valoración completa del respeto a los derechos fundamentales no sólo perjudicaría la idea de reconocimiento mutuo, sino que debido a su complejidad y al tiempo que conllevaría podría también perjudicar el propio respeto a otros derechos fundamentales. Por esta razón, el establecimiento de una causa de denegación que haga referencia a los derechos fundamentales debería venir completada con parámetros explícitos que se recogieran en la propia directiva. Estos parámetros podrían hacer referencia a limitar la denegación a aquellos casos en los que la autoridad de ejecución tiene motivos fundados para temer que la ejecución de la medida podría lesionar los derechos fundamentales en el caso concreto, actuando por tanto la causa como una válvula de escape. Señala la agencia que el hecho de que en el primer artículo de la propuesta de D/OEI (actual art. 1.4 D/OEI) se declare que la directiva no puede tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y principios jurídicos enunciados en el artículo 6 TUE

⁸⁶⁰ El informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de interior del Parlamento Europeo, además de correcciones al texto de tipo lingüístico, interesó que se añadiera como causa de denegación que la persona detenida que vaya a ser trasladada corra el riesgo de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes. Entendemos que fue acertado que no se incluyera, pues redundaba en lo ya regulado con carácter general en esta cláusula que ahora mencionamos.

⁸⁶¹ Documento 12862/10 de 30 de agosto de 2010.

puede generar una cierta contradicción a los Estados miembros, que sólo podrán recoger las causas de denegación previstas cuando ninguna recogía la relativa a infracción de derechos fundamentales. Como esta situación puede dar lugar a distintos enfoques en la legislación de implementación abogó por introducir una referencia específica al artículo 1 en el precepto dedicado a las causas de denegación⁸⁶².

Pero fue el Parlamento Europeo el que impuso como condición absoluta para alcanzar un compromiso que permitiera la adopción de la directiva que se recogiera una causa específica atinente a la vulneración de derechos fundamentales. La Presidencia lituana del momento ante esta circunstancia valoró si una causa de denegación de esas características era compatible con el principio de reconocimiento mutuo, con el principio de confianza entre los Estados miembros más allá de las diferencias que sus sistemas presentan. Se preguntaba también si no era anómalo que el único instrumento de reconocimiento mutuo que recogiese expresamente una causa de denegación de tales características fuese el destinado a obtener prueba. Tras ponderarlo, consensuó la causa de denegación en los términos que fue aprobada en la D/OEI y un considerando específico explicativo sobre este particular⁸⁶³.

De manera específica, para la comparecencia por medios técnicos se prevé en el artículo 24.2 b) D/OEI que se pueda denegar la ejecución cuando la medida sea contraria “a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución”. Esta alusión nos parece, en definitiva, una plasmación expresa de la protección de derechos fundamentales, pues no entendemos a qué pueden referirse estos *principios fundamentales* del Derecho del Estado de ejecución sino a la protección de los derechos que tienen este carácter. Quizás el uso de una misma terminología (o una sucinta explicación que los equipare o, de tener otro significado, que dé idea de a qué se hace referencia concretamente bajo esta expresión) hubiera resultado clarificadora del texto.

Esta causa específica relativa a los medios técnicos es también aplicable aunque el que deba declarar sea testigo o perito, lo cual fue objetado durante la negociación de la D/OEI. El Senado italiano, por ejemplo, con ocasión del trámite que le fue conferido en relación con la propuesta, señala que si bien es lógica su aplicación cuando se trata del imputado o sospechoso, no lo es cuando su declaración sea como testigo o perito. En estos últimos casos se les puede requerir para que acudan a declarar, incluso se les puede forzar a que lo hagan⁸⁶⁴.

En opinión de BACHMAIER, con este motivo de denegación se constituye una especie de cláusula de orden público europeo⁸⁶⁵. Recoger esta causa de denegación es a nuestro juicio un auténtico cambio de paradigma en lo que los instrumentos de reconocimiento mutuo se refiere, implica la definitiva voluntad de que la cooperación penal internacional europea no se haga a costa del sacrificio de los derechos fundamentales, evitando esa generalización de niveles mínimos de protección que podría generarse con el automatismo en el reconocimiento. Ya no se trata de un principio general, el de respeto a los derechos fundamentales, que deba inspirar la emisión y la ejecución de estos instrumentos. La articulación de una causa de denegación basada en esa infracción de derechos fundamentales implica concretar este principio programático general en una causa tangible que refuerza el compromiso de las autoridades judiciales con la protección de estos derechos. Ahora bien, la plasmación de este principio, a nuestro entender, podría haberse hecho con mejor técnica legislativa. Singularmente porque el artículo 11.1 f) D/OEI recoge esta causa de denegación como facultativa (“se podrá

⁸⁶² Documento 7617/11 de 11 de marzo de 2011.

⁸⁶³ Documento 15196/13 de 25 de octubre de 2013.

⁸⁶⁴ Documento 8055/11 de 22 de marzo de 2011.

⁸⁶⁵ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41...” cit.

denegar”) cuando entendemos que debería haber sido formulada como una causa imperativa de denegación si los motivos fundados que hacen temer la vulneración de derechos fundamentales con la ejecución se presentan.

La dificultad se encontrará ahora en cómo aplicar esta causa de denegación, en qué contenido concreto darle. NIETO expone con detalle la existencia de tres conceptos de orden público que se superponen con carácter concéntrico: el orden público nacional contiene a su vez el orden público internacional y el regional procedente del CEDH. En opinión de este autor, el proceso de integración europeo debiera llevar a desplazar completamente el orden público nacional, pues son los tribunales supranacionales los que deben delimitar el contenido de la cláusula de orden público en lo que a cooperación internacional se refiere. Cuestiona la doctrina del TC español en relación con los supuestos en los que cabe denegar la entrega de un reclamado en virtud de una OEDE a efectos de cumplimiento de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad impuesta mediante resolución dictada en rebeldía. En las SSTC 91/2000 y 199/2009 (esta última dictada tras la DM 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009 sobre procedimientos en rebeldía) el autor pone de manifiesto que el TC se aparta del consenso común en torno al núcleo duro del derecho de defensa en los juicios en rebeldía, poniendo el orden público nacional por encima del regional⁸⁶⁶. Efectivamente, el TJUE ha confirmado que tal desplazamiento no puede tener lugar cuando se trata de una materia regulada por el Derecho de la Unión. Nos referimos a la STJUE de 26 de febrero de 2013 en el llamado caso *Melloni* (asunto C-399/11). En esta cuestión prejudicial el Tribunal Constitucional español preguntaba si era conforme con el Derecho de la Unión su doctrina con arreglo a la que la ejecución de una OEDE emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía debe someterse siempre a la condición de que la persona condenada tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión. Invocando el art. 53 de la Carta, el TC pretendía aplicar su doctrina, que exigía siempre el derecho a un nuevo juicio, con el fin de evitar una interpretación limitadora de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución. Sin embargo, dice el TJUE que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones de derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no pueden afectar a la eficacia de ese Derecho – el de la UE – en el Estado. El artículo 53 de la Carta confirma que cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales siempre que esa protección “no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”. Por tanto, como esta materia de la ejecución de la OEDE cuando la resolución ha sido dictada en rebeldía viene expresamente regulada en la normativa europea, con base en estos principios de primacía, unidad y efectividad del Derecho de la UE, los tribunales nacionales deben atenerse a esta regulación, sin poder establecer estándares superiores de protección. En consecuencia, esta interpretación jurisprudencial del TJUE deberá tenerse muy presente en lo que concierne a esta causa de denegación de la ejecución basada en la infracción de derechos fundamentales.

⁸⁶⁶ Cfr. NIETO MARTÍN, A., “El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional” en *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo* (DÍEZ-PICAZO/NIETO dir.), Cizur Menor, 2010, pág.479-481.

3.3.2 Ausencia de consentimiento del afectado por la medida

La ausencia de consentimiento del afectado por la medida tiene incidencia en algunas diligencias de investigación expresamente reguladas en la D/OEI. No viene configurada, por tanto, como una causa de denegación general, sino que es tomada en consideración al hilo de la regulación de especiales medidas de investigación, concretamente en la que se refiere al traslado de detenidos y en la declaración por videoconferencia.

a) Traslado de detenidos

Con ocasión del análisis del ámbito de la D/OEI, tuvimos oportunidad de analizar sus concretas previsiones sobre el traslado de detenidos con la finalidad de practicar con ellos alguna diligencia de investigación, bien de aquellos que están privados de libertad en el Estado de ejecución y se trasladan al Estado de emisión, o viceversa (artículos 22 y 23 D/OEI). También dijimos que para la ejecución de la OEI que requiera este traslado la directiva añade como causa facultativa de denegación que el detenido no dé su consentimiento (artículo 22.2. a y 23.2 D/OEI). Por último, la D/OEI dispone que cuando se considere necesario debido a la edad de la persona, a su condición física o mental, se brindará a su representante legal la oportunidad de manifestar su opinión sobre el traslado temporal (art. 22.3 D/OEI).

Esta causa de denegación aparecía ya en el texto de la propuesta. Su informe explicativo justifica esta inclusión en que estaba prevista así en los convenios reguladores de esta materia (que como hemos visto eran el art. 11 del CCE/1959 y el artículo 9 CUE/2000) y en que las legislaciones de los Estados miembros exigen en muchos casos que el detenido preste su consentimiento.

Este punto fue objeto de discusión durante la negociación de la directiva constándose que para algunas delegaciones nacionales el consentimiento era un requisito esencial mientras que no lo era para otras, que lo veían como una posibilidad de que el imputado obstruyera el procedimiento seguido contra él. Se plantó hacer una distinción según la medida de traslado que se tratase, pues en un caso el detenido estaba privado de libertad en el Estado de ejecución (y el consentimiento parecería más necesario) mientras que en el otro supuesto se encontraba privado de libertad en el propio Estado de emisión, por tanto, a disposición de sus autoridades, correspondiendo entonces a las autoridades de emisión valorar si es o no preciso el consentimiento del afectado por analogía con lo previsto para casos internos similares⁸⁶⁷.

La discrepancia entre los Estados miembros respondía a la propia flexibilidad que permitía el art. 9 CUE/2000, respecto del cual los Estados podían exigir siempre el consentimiento si presentaban una declaración al respecto. Era, por tanto, una materia que el CUE/2000 dejaba al criterio de lo que cada Estado miembro declarase.

Durante la negociación de la D/OEI consideraban algunas delegaciones que debía ser algo a valorar caso por caso, mientras que la Presidencia entendía que de hecho así lo era ya, desde el momento en que el consentimiento se constituía en una causa optativa, que no imperativa, de denegación de la ejecución de la OEI.

En reuniones posteriores⁸⁶⁸ algunas delegaciones pusieron de manifiesto que debería distinguirse entre que se trate del consentimiento de un imputado (que no puede ser relevante) a que lo sea de un testigo o perito (entendiendo que en este último caso sí se puede tener en cuenta su voluntad).

⁸⁶⁷ Documento 17392/11 de 22 de noviembre 2011.

⁸⁶⁸ Reunión del Grupo de Trabajo de 21 de septiembre de 2011.

A nuestro juicio, esta causa de denegación, aunque facultativa, no está justificada. Creemos que la D/OEI debería haber ido más allá que los mecanismos convencionales de asistencia de modo que la ausencia del consentimiento del detenido nunca fuera una causa de denegación, aunque ello supusiera la reforma de las legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre este particular.

La razón por la que se aboga por la innecesariedad del consentimiento entronca con la idea de que el traslado de quien está a disposición de las autoridades judiciales de un Estado debe ser posible para su puesta a disposición de otras autoridades de ese mismo espacio, en este caso el europeo, como de hecho ocurre con el espacio nacional. Así, si el consentimiento del detenido en nuestro país no es relevante para su traslado a otro lugar de España para la práctica de diligencias de investigación, siendo por tanto posible que el juez de instrucción pueda ordenar la conducción del detenido a otro partido judicial cuando sea necesario que allí se practique la prueba, no se comprende por qué este consentimiento se convierte en decisivo si el traslado es a otro Estado miembro. La inclusión de esta cláusula supone, en definitiva, cuestionar que realmente estemos ante un mismo espacio de libertad, seguridad y justicia. Y entendemos que el razonamiento es idéntico con independencia de que la participación del detenido se requiera por estar imputado en la nueva causa o por ser testigo en la misma. Sin perjuicio de que sus derechos sean distintos en uno y otro supuesto, y eso obligue a introducir la matización que se expone a continuación, lo relevante es que esa persona, desde el momento que está a disposición de una autoridad judicial europea por su participación en un hecho delictivo por el que permanece privado de libertad, debe poder ponerse a disposición de otra autoridad judicial de ese mismo espacio para la práctica de diligencias de investigación relativas a otras causas. Entendemos que sólo así se coopera efectivamente entre autoridades de distintos Estados como si fueran todas ellas autoridades judiciales de un único espacio.

La matización anunciada se relaciona con la obligatoriedad o no de su efectiva participación en la diligencia de investigación de que se trate y viene dada por una cuestión de economía procesal y de costes. Sin perjuicio de sostener que el consentimiento para el traslado no debe ser una causa de denegación, entendemos que sí debería tener alguna repercusión práctica el hecho de que el detenido manifieste con carácter previo al traslado su voluntad de no participar en la diligencia de investigación. De este modo, si tiene derecho a no tomar parte en la diligencia de investigación de que se trate, por ejemplo porque quede amparado por su derecho a no declarar contra sí mismo o porque, siendo testigo, esté favorecido por las dispensas legales a declarar, esta circunstancia puede hacer superfluo el traslado. Creemos que en estos casos la autoridad de ejecución debería poder poner de manifiesto a la autoridad de emisión la imposibilidad de practicar la diligencia y hacerlo con carácter previo al traslado, ahorrando los costes, también de tiempo, que conllevaría. Si la diligencia es necesaria, por ejemplo su declaración como imputado, podría optarse por sustituirse por una petición de asistencia para que tal declaración tenga lugar en el Estado de ejecución, sin traslado, ya que las razones que pudieran haber justificado que se hiciera presencialmente ante la autoridad de emisión decaerían al acogerse a su derecho a no declarar.

b) Videoconferencia

Para la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual contempla la directiva dos específicas causas de denegación, ambas de carácter

facultativo (art. 24.2 D/OEI) una de las cuales consiste en que el investigado o acusado no dé su consentimiento.

Obsérvese que la causa de denegación se refiere únicamente al investigado o acusado. El consentimiento de peritos o testigos es por tanto irrelevante, tanto para la comparecencia por videoconferencia, por otros medios técnicos de transmisión de la imagen y del sonido, e incluso para la comparecencia por teléfono, que recordemos sólo están disponibles para testigos o peritos, nunca para imputados (art. 23 D/OEI). Que no se exija el consentimiento del testigo o perito es un cambio sustancial en relación con esta misma materia en el CUE/2000, cuyo artículo 11.2 sí exigía este consentimiento. El avance en este punto por tanto de la OEI es notable.

El consentimiento del imputado venía exigido en todo caso en el artículo 10.9 CUE/2000. En la D/OEI se ha introducido por tanto un cambio sustancial porque la causa de denegación es facultativa, pudiéndose dar el caso, por tanto, de que sí se realice la medida de investigación aunque el imputado no lo haya consentido.

Sin duda, esta será una de las cuestiones sobre las que el legislador español deberá tomar una decisión al transponer la D/OEI, decisión que puede ser controvertida pues es ésta un área hoy día nada pacífica. Para enmarcar los términos de la cuestión comencemos por una somera descripción del marco jurídico aplicable en nuestro país a la videoconferencia, así como a su reflejo jurisprudencial.

El artículo 229.3 LOPJ permite que el juez o tribunal acuerde que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas se realicen a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa. En estos casos, el letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.

Por su parte, el artículo 325 LECrim permite que el juez, de oficio o a instancia de parte, pueda acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Las razones pueden ser de utilidad, seguridad o de orden público; también que su comparecencia personal resulte particularmente gravosa o perjudicial. En sentido similar se expresa el artículo 731 bis LECrim.

La más reciente jurisprudencia del TS sobre el uso de la videoconferencia permite calificar de excepcional las condiciones que deben darse para que sea legítimo su uso, si bien no desconoce la importancia cada vez mayor que se atribuye a este recurso en la normativa europea⁸⁶⁹.

⁸⁶⁹ En este orden de cosas, el Consejo de la UE ha aprobado unas Recomendaciones para “fomentar la utilización de las videoconferencias transfronterizas en el ámbito de la justicia en los Estados miembros y a escala de la UE y compartir las mejores prácticas” (DOUE C 250 de 31 de julio de 2015). En el citado documento el Consejo insta a los Estados miembros a evaluar el impacto de instrumentos adoptados en la UE tales como la OEI en relación con las actuales normas de procedimiento en lo que a videoconferencia se refiere. Considera que la videoconferencia aporta mayor protección a los sospechosos, víctimas, testigos y personas vulnerables pero que debe garantizarse que no perjudique los derechos de la defensa,

Conviene traer a colación, por todas, la STS 812/2015 de 17 de marzo de 2015, que precisamente cita la directiva que nos ocupa: “La lectura contrastada de estos preceptos evidencia que mientras el artículo 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el artículo 731 bis de la LECrim rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato. (...) Es cierto, con carácter general, que tanto los arts. 229.3 de la LOPJ y 731 bis de la LECrim, evocan una idea de justificada excepcionalidad. Con meridiana claridad acerca de la conveniencia de una utilización no generalizada de la videoconferencia, el primer instrumento jurídico de la Unión Europea que abordó una regulación detallada de esa posibilidad tecnológica al alcance de los Tribunales - Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000-, exigía que no fuera posible u oportuno el desplazamiento del testigo para comparecer personalmente ante la autoridad judicial que está llevando a cabo el procedimiento.(...) La casuística jurisprudencial ha visto plenamente justificada la videoconferencia, por ejemplo, cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca (STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007), o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria (ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006). Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña (ATS 2171/2006, de 26 de octubre de 2006). El ATS de 19 de septiembre de 2002 contempla el supuesto de un testigo que está de baja médica durante un período de seis meses, y concluye que en tal caso es razonable acudir a la videoconferencia. En la STS 971/2004, de 23 de julio de 2004, por ejemplo, admitimos la validez de la declaración de un testigo prestada mediante videoconferencia desde Estados Unidos, antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales. Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción (cfr. SSTs 641/2009, de 16 de junio; AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006; 1462/2006, de 21 de junio de 2006; SSTs 957/2006, de 5 de octubre de 2006; 1351/2007, de 5 de enero de 2007). El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006, subraya que el interrogatorio de testigos mediante videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediación de la prueba, «sino lo contrario». Pese a todo ello, la progresiva familiarización del proceso penal con las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, no se ha despojado de cierto aroma de subsidiaria excepcionalidad. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, 18 de mayo de 2009, FJ 6º y 2/2010, 11 de enero, FJ 3º ha proclamado que, si bien es cierto que “en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, no es menos cierto que “cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista”. Esa idea restrictiva bebe sus fuentes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Marcello Viola c. Italia*, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso *Zagaría c. Italia*, § 29, ha admitido el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos -tales como “la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable”-, y a que su desarrollo respete

poniendo especial cuidado en garantizar el respeto a los principios de inmediatez, igualdad de las partes y contradicción. Esto implica, a juicio del Consejo, velar porque el equipamiento esté actualizado a fin de conseguir suficiente calidad de audio y vídeo y niveles adecuados de seguridad.

el derecho de defensa del acusado. La restricción tampoco es ajena a la literalidad del artículo 731 bis de la LECrim, que, desde luego, no sugiere una relación de absoluta equivalencia. El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado -en lo que aquí interesa, a tenor de los términos de la impugnación- a la concurrencia de razones de " utilidad " o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario " resulte gravosa o perjudicial". Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados. Lo pone de relieve la STS 779 / 2012, 10 de diciembre, que, saliendo al paso del reproche de existencia de vulneración del principio de inmediación por el uso de la videoconferencia , niega que se hubiera producido, debido a que ese recurso técnico permitió " someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el fiscal " y " las declaraciones de [los] testigos [fueron] percibidas directamente por los miembros del tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas "; por la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido que aquella hace posible". En relación con los acusados, la misma sentencia recuerda que "La jurisprudencia del TS ha venido a restringir la utilización de este medio cuando de acusados se refiere. Así señala que la utilización de la videoconferencia para el interrogatorio del acusado exige el sacrificio de la comunicación directa de aquél con su Abogado y que esto puede encerrar, como regla general, una inevitable erosión del derecho de defensa. De ahí que, pese a la mención específica que el artículo 731 bis de la LECrim hace al imputado entre aquellos cuyo testimonio puede ser ofrecido mediante videoconferencia, es lógica la exigencia de fundadas razones de excepcionalidad que, mediante el adecuado juicio de proporcionalidad, respalden la decisión de impedir el contacto visualmente directo del órgano de enjuiciamiento con el imputado (cfr. STS 678/2005, 16 de mayo)"⁸⁷⁰.

Lógicamente, en función de las decisiones que tome el legislador español el trámite de la ejecución de la OEI deberá adaptarse a distintos pasos, singularmente a recabar el consentimiento del investigado o acusado si éste se configura como una condición previa que, de no darse, permitiría la denegación de la ejecución.

3.3.3 Prolongación de la detención

Otra causa facultativa para denegar la ejecución en relación con la medida consistente en el traslado de detenidos hace referencia a que con la ejecución de la OEI se prolongue su detención. Se encuentra regulada en el artículo 22.2. b) D/OEI y se prevé sólo para el caso previsto en este precepto, esto es, aquel en el que el detenido está privado de libertad en el Estado de ejecución y debe trasladarse al de emisión para la práctica en su territorio de una diligencia de investigación.

⁸⁷⁰ También la doctrina ha prestado atención a cómo afecta esta técnica a los derechos fundamentales del acusado, cfr. ORTIZ PRADILLO, J.C., "Juicio oral y videoconferencia: incidencia en el derecho de defensa del acusado", en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.)*, Madrid, 2008, pág. 117-130. Cfr. ARNAIZ SERRANO, A., "La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal" en *La Prueba en el Espacio..cit.*, pág. 148-152 y cfr. RODRIGUEZ SOL, L., "El empleo de la videoconferencia en la asistencia judicial internacional", cit. Sobre la videoconferencia y su incidencia en los principios de publicidad, oralidad, inmediación y defensa, analizando especialmente la declaración por este medio del acusado, y los pronunciamientos de nuestro T.S y del TEDH, cfr. ORTIZ PRADILLO, J.C., "Juicio oral y videoconferencia: incidencia en el derecho de defensa del acusado", cit., pág. 121-130.

No se entiende qué obstáculo habría en acceder a la entrega al Estado de emisión con el mandato de dejar en libertad al detenido cuando la autoridad de ejecución así lo disponga, como de hecho permite el artículo 22.6 D/OEI, o en una fecha concreta, de modo que no haya ninguna prolongación de la privación de libertad. Esta causa se recogía en el artículo 11 CCE/1959 y podría tener sentido al tiempo de su promulgación, donde una decisión de libertad de la autoridad requerida puede no poder materializarse con carácter inmediato en el Estado requirente, entre otras cosas porque las comunicaciones entre las autoridades, por las propias características tecnológicas, no lo permitirían. Hoy día, sin embargo, este obstáculo está superado y no parece lógico que se haya perpetuado en el texto de la D/OEI⁸⁷¹.

Eso sí, esta causa de denegación no se aplica al traslado de detenidos del Estado de emisión al Estado de ejecución para la práctica en éste de diligencias de investigación (el art. 23 D/OEI, en la remisión que hace al art. 22, excluye la aplicación del apartado 2 letra b), que es el que regula esta causa de denegación que ahora analizamos). Y es lógico que así sea, pues la supuesta prolongación de la privación de libertad sólo competiría a la autoridad de emisión dado que el detenido lo está por un proceso penal seguido en su Estado.

3.3.4 Ausencia de consenso entre las autoridades de emisión y de ejecución

En relación con las investigaciones encubiertas, se introduce como causa adicional de denegación que no se logre un acuerdo sobre las disposiciones que regirán la actuación del agente infiltrado.

Durante la negociación de la directiva algunas delegaciones plantearon que la falta de consenso debería constituirse en una causa general de denegación, pues el acuerdo era preciso para otras diligencias de investigación. Sin embargo, se decidió limitarla a las investigaciones encubiertas, entendiendo que el resto de medidas eran, en principio, diferentes y que no era necesaria esta causa explícita en relación con ellas⁸⁷².

Las disposiciones sobre las que debe recaer el acuerdo se mencionan expresamente en el artículo 29.4 D/OEI y consistirían en la duración de la medida, las condiciones concretas y el régimen jurídico del agente encubierto, aunque entendemos que puede englobar otras cuestiones también, como la supervisión y la seguridad del mismo. Sería de extraordinaria utilidad que por las autoridades se consensuase la obligación del agente encubierto de comparecer al plenario cuando fuera requerido para ello por el

⁸⁷¹ Se echa en falta, sin embargo, otras posibles causas de denegación para el traslado de detenidos desde el Estado de ejecución al Estado de emisión para la práctica de diligencias de prueba. Concretamente, que la diligencia de investigación cuya práctica se realizará en el Estado de emisión y para la cual se requiere la presencia del privado de libertad en el Estado de ejecución no sea conforme con el derecho interno del Estado de ejecución (que, recordemos, no será de aplicación, porque al practicarse la medida de investigación en el Estado de emisión será la legislación de este Estado la que operaría). Veámoslo con un ejemplo. Imaginemos que una persona que se encuentra privada de libertad en España es reclamada por la autoridad de emisión de la OEI para que, en su territorio, sea sometido a un polígrafo. Es claro que si el detenido no consiente podría denegarse la ejecución en España al amparo del artículo 22.2 a) D/OEI. Pero incluso aunque consienta, el juez español debería poder valorar si es ajustado a nuestro ordenamiento jurídico cooperar en esta diligencia de investigación que pretende realizar la autoridad de emisión con quien se encuentra privado de libertad a disposición de la autoridad judicial española. Por eso, la inclusión de una cláusula que permitiera facultativamente la denegación de la OEI en el traslado de detenidos al Estado de emisión cuando la diligencia de investigación no esté prevista en el ordenamiento jurídico nacional del Estado de ejecución podría haber sido un mecanismo para posibilitar esta valoración.

⁸⁷² Documento 17392/11 de 22 de noviembre de 2011.

tribunal de enjuiciamiento, pues la negativa de algunos Estados a que los agentes declaren durante la fase de juicio oral puede condicionar de manera decisiva la admisibilidad de la prueba recabada por éste, como tendremos ocasión de ver más adelante.

En una diligencia de investigación con las características de las investigaciones encubiertas parece lógico que la falta de consenso entre las autoridades conduzca a denegar la ejecución. De hecho, con esta previsión específica se da una respuesta jurídica clara a la falta de acuerdo, cuestión ésta que, como tuvimos ocasión de comentar, no ocurre en otros supuestos en los que el consenso está previsto pero no se anuda al mismo una causa de denegación.

Por otra parte, resulta difícil aventurar cómo se articulará la denegación en la práctica. Recibida la OEI, la autoridad de ejecución no podrá pronunciarse directamente sobre su reconocimiento y ejecución, sino que deberá posponer el dictado de su resolución hasta que este proceso tendente a alcanzar el consenso sobre las condiciones que regirán la actuación del encubierto haya culminado, con éxito o sin él. Sería deseable que la legislación de implementación española tenga en cuenta esta particularidad, de modo que se prevea expresamente que se inicien las conversaciones con las autoridades de emisión antes de que por las españolas se dicte resolución en el sentido de ejecutar o denegar la ejecución de la OEI recibida en nuestro país.

4. RÉGIMEN DE RECURSOS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN EN EL EEP Y EN LA OEI

El régimen de los recursos que pueden interponerse durante la ejecución del EEP o de la OEI presenta una importante diferencia de enfoque en uno y otro instrumento. Intentaremos sistematizarlo teniendo en cuenta si el recurso se configura o no como un derecho en todo caso, sus características y sus consecuencias.

4.1 Derecho a recurso y legitimación

En fase de ejecución, la DM/EEP configura sólo en un caso como obligatorio que los Estados miembros garanticen la existencia del derecho a recurrir frente a la resolución que acuerda el reconocimiento y la ejecución del EEP: si para su ejecución se acude a medidas coercitivas (art. 18.1 DM/EEP). Entendemos que hubiera sido preferible que la legislación europea lo hubiera previsto en todo caso, incluso sin necesidad de medidas coercitivas. De no existir este recurso la parte no podrá alegar la existencia de una causa de denegación, por ejemplo. Es el caso español cuando es el fiscal el competente para ejecutar el EEP, pues al no requerir medidas coercitivas no era imprescindible que la LRM contemplara su existencia. Como frente al decreto de reconocimiento y ejecución dictado por la fiscalía no cabrá recurso alguno (art. 24.4 LRM) la parte no tiene un mecanismo para poner de manifiesto la concurrencia de una causa de denegación que puede no haber sido tenida en cuenta por el Ministerio Público⁸⁷³. Esta opción del

⁸⁷³ Obsérvese que en un caso similar, con ocasión de la DM/EPYAP, sí puede haber una trasposición defectuosa por ese motivo. El artículo 11.1 DM/EPYAP exige que los Estados miembros adopten “las medidas necesarias para que todo aquel que tenga un interés legítimo, incluidos terceros de buena fe, disponga, para defender sus intereses legítimos, de recursos legales sin efecto suspensivo contra las medidas de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas ejecutadas en cumplimiento del artículo 5; el recurso se interpondrá ante un tribunal del Estado de emisión o del Estado de ejecución, de acuerdo con el Derecho interno de éstos”. Se podría entender que en el caso de aseguramiento de prueba que no afecte a derechos fundamentales y que por tanto pueda ser ejecutada por la fiscalía hay una

legislador español supone una merma de garantías para el afectado por la ejecución del EEP que consideramos no está justificada. Especialmente, porque diferir la alegación de concurrencia de alguna causa de denegación de la ejecución al proceso que se siga en el Estado de emisión, cuando ya el EEP ha sido ejecutado y el objeto, documento o dato entregado a la autoridad emisora, le resta sin duda eficacia.

La regulación de la D/OEI sobre los recursos adolece de menos garantías. Si en el exhorto, como hemos visto, era obligatorio para los Estados miembros disponer en su legislación interna de recurso cuando se hayan adoptado medidas coercitivas, esta obligación no existe en la D/OEI que, en materia de impugnación, descansa plenamente en la legislación del Estado de ejecución incluso en lo que al propio derecho a recurrir se refiere. Así se concluye del art. 14.1 D/OEI cuando señala que los Estados miembros velarán por qué las vías de recurso *equivalentes a las existentes en un caso interno similar* sean aplicables a las medidas de investigación indicada en la OEI. En relación con los plazos este mismo artículo en su epígrafe cuarto obliga a los Estados miembros a que los plazos sean los mismos que en casos internos similares y a que se garantice el ejercicio efectivo de estas vías de recurso para las partes interesadas. Creemos que, dada la importancia de las medidas de investigación que pueden recogerse en la OEI, el legislador europeo debería haber sido más contundente exigiendo que en todo caso a los Estados miembros que permitieran a los afectados recurrir contra la decisión de ejecución de la orden.

Por otra parte, la remisión a la legislación interna en casos similares hace dudar si cabe recurrir contra la denegación del reconocimiento o de la ejecución o sólo frente a cómo tiene lugar la ejecución de la medida, que es lo que puede estar regulado en la legislación interna para casos similares. Dicho de otro modo, parece que la DM/EEP y la D/OEI sólo están pensando en el recurso en caso de que se reconozca y ejecute el EEP o la OEI, para cuestionar precisamente cómo se ha ejecutado (que es lo que estará previsto para casos internos nacionales) pero no comprendería el derecho a recurrir las otras decisiones que puede tomar la autoridad de ejecución que son consustanciales al hecho de que se trate de un acto de cooperación internacional, singularmente, la decisión sobre la denegación del reconocimiento, de la ejecución o su aplazamiento. Que quepa recurso contra la denegación de la ejecución nos parece importante. Repárese en que la OEI puede ser emitida porque lo solicite la parte. Esta puede querer cuestionar ante los tribunales del Estado de ejecución que la OEI por ella interesada, que fue emitida por la autoridad de emisión correspondiente, no se ejecute en otro Estado miembro. También para el caso de que la resolución acuerde un aplazamiento en la ejecución que perjudique sus legítimos intereses. En ambos casos no vemos inconveniente en que se persone debidamente en el proceso seguido en el Estado de ejecución y articule los recursos de que disponga. En este sentido, entendemos que hubiera sido más coherente que la D/OEI contemplara la posibilidad de recurrir en todo caso. Sería deseable que el legislador español al implementar la D/OEI sí tuviera esta circunstancia en cuenta permitiendo el recurso, favoreciendo así la tutela judicial efectiva de todas las partes en el proceso. De hecho esta ha sido la opción acogida para el EEP, que, salvo para el caso de ejecución por el fiscal, permite recurso cuando por afectar a medidas coercitivas o por acogerse una causa de denegación la resolución la adopta el juez de instrucción (art. 24.1 LRM).

implementación defectuosa al no permitirse conforme a derecho interno recurso en España como Estado de ejecución en estos casos en los que el fiscal resuelve por decreto, al ser éste irrecurrible (art. 24 LRM).

4.2 Características del recurso

Las características comunes a la regulación en la DM/EEP y en la D/OEI hacen referencia a la necesidad de que los plazos de los recursos se apliquen de modo que se garantice que las partes interesadas dispongan de un recurso legal efectivo, debiendo la autoridad de ejecución adoptar las medidas necesarias para facilitar el ejercicio del derecho del recurso, específicamente dando información pertinente y adecuada a las partes interesadas (arts. 18.1, 3 y 5 DM/EEP y arts.14.3 y 4 D/OEI). En la D/OEI se hace la salvedad, eso sí, de que esta obligación de información no afecte a la confidencialidad de la OEI.

En el EEP se incluye una referencia que hubiera sido deseable se hubiera trasladado a la D/OEI y es el hecho de afirmar que está legitimada cualquier parte interesada, incluidos terceros de buena fe.

De hecho así lo propuso Alemania, que presentó una propuesta para que los recursos en la D/OEI se regularan de manera similar, incluso más garantista, a como venían regulados en la DM/EEP. De esta propuesta cabe destacar que hacía referencia a que el derecho debería conferirse a cualquier parte interesada para preservar sus legítimos intereses, permitiendo que incluso quien no fuera formalmente parte en el proceso penal, pero sí afectado, pudiera recurrir. Se excluía la denominación “tercero de buena fe” porque la buena fe no es requisito para el ejercicio del recurso en el proceso penal. Y se extendía a todo tipo de medidas, no sólo coercitivas, dado el amplio ámbito que caracteriza la OEI⁸⁷⁴.

En esta línea es conveniente traer a colación la STEDH *MN y otros contra San Marino*, de 7 de julio de 2015, en la que precisamente con ocasión de la ejecución de una comisión rogatoria emitida por las autoridades italianas a San Marino los tribunales de este Estado denegaron el acceso al recurso a un tercer interesado que no era, sin embargo, la persona frente a la que se seguía el procedimiento penal en Italia. Las circunstancias del caso son las siguientes: con ocasión de una investigación por blanqueo de capitales, las autoridades italianas emiten una comisión rogatoria a San Marino. Las autoridades de este Estado la ejecutan, procediendo a la incautación de documentación que afectaba a MN. Sin embargo, no permitieron que éste recurriera las decisiones tomadas en ejecución de la comisión rogatoria en San Marino, al entender que no era parte en el proceso italiano ni tercer interesado. El Tribunal de Estrasburgo declara violado el artículo 8 CEDH al considerar que MN, por su condición de mero interesado, se encontraba en una clara desprotección de sus derechos en comparación con los imputados en el proceso, condenando a San Marino.

4.3 Consecuencias del recurso

Las consecuencias que la interposición del recurso conlleva son diferentes según se trate del EEP o de la OEI, siendo procedente prestar especial atención al deber de información que se genera y a la posibilidad de suspender la ejecución del instrumento de reconocimiento mutuo de que se trate.

En el caso del EEP, la interposición del recurso daría lugar a las siguientes consecuencias:

- La autoridad de emisión debe ser informada del hecho de que se haya interpuesto un recurso y de los motivos en que se funda.

⁸⁷⁴ Documento 8410/11 de 30 de marzo de 2011.

- La autoridad de emisión pueda presentar las alegaciones que estime necesarias (artículo 18.4 DM/EEP), cuestión ésta que viene debidamente prevista en nuestra legislación cuando España es Estado de emisión (artículo 193 LRM) pero no en fase de ejecución. Entendemos que ante esta omisión, el juez de instrucción competente para la ejecución debe dar traslado para alegaciones a la autoridad de emisión por aplicación directa de la DM/EEP y por aplicación analógica del citado artículo 193 LRM, como apuntamos en sede de recursos cuando la autoridad española es autoridad de emisión.
- Las autoridades españolas de ejecución pueden suspender el traslado de los objetos, documentos y datos de que se trate en espera del fallo (art. 18.6 DM/EEP). El legislador español ha previsto la suspensión como una decisión facultativa de la autoridad de ejecución, al estipular el artículo 24.1 II LRM que la interposición del recurso podrá suspender la ejecución cuando pudieran crearse situaciones irreversibles o causar perjuicios de imposible o difícil reparación, adoptándose en todo caso las medidas cautelares que permitan asegurar la eficacia de la resolución. Esta previsión general de suspensión, en lo que al EEP se refiere, entendemos que debe hacer referencia al traslado, no a la incautación en sí, pues de otro modo incluso aunque el recurso frente al reconocimiento se desestimara es probable que el EEP hubiera devenido ineficaz por haber desaparecido el objeto o haber sido alterado o destruido.

Por su parte, si durante la ejecución de la OEI se interpone un recurso, las consecuencias serán las siguientes:

- Surge también el deber de información a la autoridad de emisión sobre la interposición del recurso pero no se confiere traslado para alegaciones, a pesar de que Alemania presentó una propuesta para que este trámite fuera recogido también en la D/OEI⁸⁷⁵. Asimismo, existe un deber especial de información a la autoridad de emisión en el caso de que el recurso se estime, a los efectos que procedan en el Estado de emisión.
- La impugnación no suspenderá la ejecución de la medida de investigación, salvo que en casos nacionales similares esta suspensión sí esté prevista (art. 14.6 D/OEI).

Durante la negociación de la D/OEI fue objeto de análisis detallado cómo incide el recurso en la suspensión de la ejecución de la medida y en la suspensión del traslado. Se describieron tres situaciones posibles:

- a) Si la parte es informada de la OEI con anterioridad a su ejecución y recurre, la decisión del recurso incidirá en la ejecución o no de la medida (por ejemplo, tomar una muestra de sangre).
- b) Si la parte es informada de la OEI durante la ejecución de la medida o con posterioridad a ella (por ejemplo, durante el registro domiciliario) el recurso sólo puede interponerse después de la ejecución de la medida, que no se ve por tanto suspendida. El recurso aquí tiene impacto en el traslado de la prueba obtenida y se cuestiona si debe o no suspenderse el traslado hasta que el recurso se resuelva.
- c) Si la parte es informada de la ejecución de la OEI en una fase final del procedimiento (por ejemplo, en el caso de intervenciones telefónicas) el recurso sólo podrá interponerse una vez que la prueba ha sido ya trasladada y, probablemente, sólo podrá interponerse ante el Estado de emisión. Si se interpusiera ante el Estado de ejecución, habría que dilucidar qué efecto tiene. Si el recurso se estima, podría

⁸⁷⁵ Documento 8410/11 de 30 de marzo de 2011.

contener alguno de los siguientes pronunciamientos: que la ejecución de la OEI se debía haber denegado o bien que la ejecución de la medida en sí se hizo de forma contraria al derecho del Estado de ejecución⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ Documento 8036/11 de 25 de marzo de 2011.

CAPÍTULO X

LA ADMISIBILIDAD EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL DE LA PRUEBA TRANSNACIONAL

1. CUESTIONES PREVIAS-2. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO-3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA-4. CUESTIONES GENERALES-4.1 *Transmisión de procedimientos* -4.2 *Autorización en el proceso español de la obtención de la prueba en el extranjero*-4.3 *Participación de las autoridades españolas y de las partes procesales en la obtención de prueba en otro Estado* -4.4 *Ilicitud derivada de la intermediación de los actores facilitadores de la cooperación penal internacional*-4.5 *Formalidades y procedimientos de la legislación española*-5. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN CONCRETAS-5.1 *Diligencias de investigación con intervención del sujeto pasivo del proceso penal*-5.2 *Declaraciones de testigos*-5.3 *Diligencias de investigación con la víctima*-5.4 *Declaraciones por videoconferencia*- 5.4.1 *Declaraciones de acusados* -5.4.2. *Ruedas de reconocimiento* -5.4.3. *Comparecencias telefónicas* -5.5 *Datos de ADN*-5.5.1. *Problemática en relación con la obtención de muestras de ADN*-5.5.1.1 *Recogida de vestigios* -5.5.1.2 *Toma de muestras del investigado*-5.5.2. *Problemática relativa a la cooperación internacional que se cursa tras el resultado positivo en la consulta automatizada*-5.5.2.1 *Limitaciones basadas en cómo se obtuvo el dato de ADN* -5.5.2.2 *Limitaciones relativas a la conservación/cancelación de esta información en las bases de datos*-5.6 *Diligencias periciales* -5.7 *Agentes encubiertos*-5.7.1 *Agente español que actúa como encubierto en el extranjero*-5.7.2 *Agente policial extranjero que actúa como encubierto en España*-5.8 *Incautación de objetos*-5.9 *Entregas vigiladas*-5.10 *Entradas y registros*-5.11 *Intervenciones telefónicas*-5.12 *Equipos conjuntos de investigación*-5.13 *Antecedentes penales*-5.14 *Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos y vigilancia con dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen*-5.15 *Información recibida de servicios de seguridad de otros Estados* -6. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO-6.1 *Exhorto europeo de obtención de prueba*-6.2 *Orden europea de investigación*

CAPÍTULO X

LA ADMISIBILIDAD EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL DE LA PRUEBA TRANSNACIONAL

1. CUESTIONES PREVIAS

Quizás convenga recordar, antes de abordar en este capítulo la admisibilidad de la prueba penal transfronteriza, que a lo largo de todo este estudio venimos utilizando un término impropiaamente amplio de prueba, que abarca tanto las diligencias de investigación practicadas durante la fase de instrucción como la prueba propiamente dicha, que como es conocido sólo es la que tiene lugar en el acto del juicio oral.

Puntualizaremos también ahora que en el estudio de la admisibilidad de la prueba transnacional no entraremos en el concepto de prueba ilícita⁸⁷⁷, ni en el análisis de qué derecho fundamental puede verse vulnerado con la admisión de esa prueba, tampoco en su tratamiento procesal, esto es, si debe ser excluida durante la fase de instrucción o si debe diferirse su inadmisibilidad a la fase de enjuiciamiento. Sobre esto hay ya sólida doctrina respecto de la cual nada podríamos aportar⁸⁷⁸. Pondremos el acento únicamente en el mecanismo de cooperación internacional penal utilizado para obtener la prueba transnacional, esto es, en la concreta diligencia de investigación que se solicitó o practicó y si -por el modo en que se hizo- alguna circunstancia puede hacerla merecedora de reproche de ilicitud. Y en cuanto a este calificativo, sin profundizar tampoco en el concepto en sí de prueba ilícita, partiremos del mandato contenido en el artículo 11.1 LOPJ cuando establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. El significado de este mandato en lo que a la prueba obtenida en el extranjero para el proceso español será lo que centrará nuestro estudio.

2. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El TS viene admitiendo la admisibilidad en el proceso español de la prueba obtenida en el extranjero conforme a la legislación interna del Estado donde se practique la actividad probatoria, con la única exigencia de que se trate de un Estado con el que se compartan unos mismos valores constitucionales.

Esta doctrina jurisprudencial se viene reiterando de manera prácticamente constante en los pronunciamientos jurisprudenciales del TS desde hace más de una década, con sólo ligeras variaciones. A la vista de esa jurisprudencia la conclusión es que la

⁸⁷⁷ Por todos cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 2004.

⁸⁷⁸ Cfr. ASECIO MELLADO, J.M., "Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)", *Diario La Ley* núm. 8.026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013 y del mismo autor, "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales", *Diario La Ley*, núm. 8.009, Sección Doctrina, La Ley, 25 de enero de 2013; cfr. GIMENO SENDRA, V., "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO)", *Diario La Ley* núm.8.021, Sección Tribuna, La Ley, 12 de febrero de 2013 y del mismo autor "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASECIO)", *Diario La Ley*, núm. 8.027, Sección Tribuna, 20 de febrero de 2013; cfr. CAMPANER MUÑOZ, J., *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, Madrid 2015.

admisibilidad de la prueba transnacional en la jurisprudencia del TS se asienta en el respeto de la *lex loci*⁸⁷⁹. Ilustrativo de esto es la STS 4777/2013 de 8 de octubre, que resumiendo la doctrina de la Sala de los últimos años, facilita varios ejemplos de lo expuesto.

La STS 4777/2013 literalmente dispone en su fundamento de derecho décimo noveno: “Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1281/2006, de 27 de diciembre, que en el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial, según el art. 29 del Tratado de la Unión en la versión consolidada de Maastricht, no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20 de Abril de 1959 --BOE 17 de Septiembre de 1982--. En tal sentido se pueden citar las Sentencias de esta Sala 13/95 de 19 de Enero en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por Alemania; Sentencia nº 974/96 de 9 de Diciembre donde expresamente se proclama que “...en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...”, en relación a Comisión Rogatoria ante las autoridades suecas; la STS nº 340/2000 de 3 de Marzo que en sintonía con las anteriores confirma la doctrina de que la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial citado no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas; la STS nº 1450/99 de 18 de Noviembre en relación a Comisión Rogatoria cumplimentado por las autoridades francesas, y en fin, la Sentencia nº 947/2001 de 18 de Mayo para la que “...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...”. En definitiva, podemos afirmar que existe al respecto un consolidado cuerpo jurisprudencial en relación a las consecuencias derivadas de la existencia de un espacio judicial europeo, en el marco de la Unión fruto de la comunión en unos mismos valores y garantías compartidos entre los países de la Unión, aunque su concreta positivación dependa de las tradiciones jurídicas de cada Estado, pero que en todo caso salvaguardan el contenido esencial de aquellos valores y garantías...”.

Especialmente contundente, a los efectos que nos ocupan, es la STS 456/2013, de 9 de junio, al recordar que “el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, dispone que sea la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo de practicarlas u obtenerlas en la forma que su legislación establezca (SSTS 382/2000 de 8.3, 259/2005 de 4.3). No es exigible a los funcionarios de otros países que apliquen la legislación española cuando actúan en el suyo y mucho menos que deban someterse a la interpretación que haya hecho esta Sala en puntos concretos no exigidos expresamente por los acuerdos y tratados

⁸⁷⁹ Un estudio de la doctrina jurisprudencial lo encontramos en cfr. GRANDE-MARLASKA GÓMEZ/DEL POZO PÉREZ, “La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011; también en cfr. MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “Obtención y utilización de la prueba transnacional”, *Revista de Derecho Penal*, número 30, 2010, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales. (Reflexiones a la luz de la jurisprudencia española)” en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.), Valencia 2012.

internacionales”. También la STS 480/2009 de 22 de mayo, que trae a colación la STS 1281/2006 de 27 de febrero y a la STS 19/2003 de 10 de enero, señaló que la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de "supervisión".

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El fundamento de la exclusión de la prueba ilícita se encuentra en la protección efectiva de los derechos fundamentales, aunque este planteamiento haya sido objeto, a su vez, de distintos enfoques doctrinales. Hay quien fundamenta la justificación en que debe darse prevalencia absoluta a los derechos fundamentales; otros consideran que esta protección debe estar siempre vinculada a una concreta finalidad: preservar estos derechos frente a la actuación investigadora del Estado. En esta última línea, DEL MORAL defiende la finalidad disuasoria y profiláctica de la exclusión, pues “la mejor garantía para proteger los derechos fundamentales y soslayar los riesgos de que el celo investigador pase por encima de ellos es negar todo valor a las pruebas que se alcancen vulnerando esos derechos”. En opinión de este autor, no debe olvidarse esta finalidad disuasoria como fundamento último de la exclusión de la prueba ilícita, pues de lo contrario puede llegarse a soluciones inasumibles⁸⁸⁰. Sea cual sea la opción que se acoja para fundamentar la exclusión de la prueba ilícita, nos parece que el razonamiento debe ser extrapolado a la prueba obtenida en el extranjero.

Desde luego parece más evidente en el caso de los que abogan por la protección absoluta de los derechos fundamentales como razón esencial para la exclusión. Si para obtener la prueba mediante la restricción de derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso penal se han considerado imprescindibles unos determinados requisitos (por ejemplo, la autorización judicial motivada para entradas y registros domiciliarios), no se aprecia razón alguna para que estos requisitos (repetimos, considerados esenciales en nuestro ordenamiento jurídico para que no haya lesión a derechos fundamentales) no se apliquen por el hecho de que la prueba se practique fuera de nuestro Estado si, a fin de cuentas, deberá ser en el proceso español donde la prueba será valorada.

Para los que postulan la función profiláctica como finalidad de la exclusión de la prueba ilícita la argumentación que justificaría su aplicación a la prueba penal transfronteriza podría ser distinta. Creemos haber expuesto con cierto detalle en los capítulos anteriores cómo los mecanismos de cooperación internacional en el ámbito penal, ya sean convencionales o de reconocimiento mutuo, prevén cierto margen a que también la *lex fori* – la española en este caso - juegue un papel en la obtención de la prueba fuera de nuestro país. A pesar de ello, que la autoridad judicial española solicite a las autoridades de otros Estados que la prueba se obtenga en su territorio respetando los requisitos esenciales de la legislación española no es algo frecuente en nuestros tribunales. De hecho tiene cierta lógica que esta facultad apenas se ejercite: parece innecesario a la vista del consolidado criterio jurisprudencial expuesto en el epígrafe anterior donde de manera reiterada se invoca el artículo 3 CCE/1959 (que establece la regla general de la aplicación de la *lex loci* para la obtención de prueba) y no el artículo 4 CUE/2000 (que da entrada a la *lex fori*). Precisamente aquí juega su papel la función profiláctica de la

⁸⁸⁰ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A., “Últimas tendencias en materia de prueba ilícita”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014.

ilicitud probatoria. Habiendo mecanismos para promover que la obtención de prueba se lleve a cabo en otros Estados de conformidad con el nivel de protección de derechos fundamentales consagrado en nuestro ordenamiento jurídico no se aprecia razón alguna para hacer dejación de esos medios⁸⁸¹. Dicho de otro modo, la autoridad judicial española emisora de una comisión rogatoria o de un instrumento de reconocimiento mutuo sólo percibirá nítidamente la inutilidad de su emisión sin exigir las formalidades y procedimientos esenciales de nuestra legislación, esto es, sin exigir el cumplimiento de la *lex fori*, cuando la prueba obtenida de conformidad exclusivamente con la *lex loci* sea tachada de inadmisibile por nuestros tribunales.

Como se habrá adivinado, a nuestro juicio la jurisprudencia de nuestro TS en lo que concierne a la prueba penal transnacional y su admisibilidad debe ser revisada. No apreciamos razones suficientes que justifiquen un tratamiento diferenciado de la admisibilidad de la prueba basada sólo en el mero hecho de que haya sido obtenida fuera de nuestras fronteras, obviando la debida atención a por qué cauce se ha obtenido y de qué modo se ha solicitado o requerido dicha obtención.

Y esto nos parece especialmente evidente en relación con el espacio europeo, donde la UE está dotando poco a poco al proceso penal de un sistema de garantías, consolidando un mínimo común denominador que debe ser respetado por todos los Estados miembros. En consecuencia, si ese mínimo no se cumple en el Estado donde se obtiene la prueba, debido por ejemplo a retrasos en la implementación de las directivas de la UE, el hecho de que la prueba sea lícita conforme a la legislación interna de ese Estado no obsta a que sea contraria al estándar mínimo europeo fijado por la UE y, consecuentemente, pueda ser tachada de ilícita en España.

Otro tanto puede decirse de los mínimos fijados por el TEDH⁸⁸². El tribunal ha declarado en múltiples casos que la investigación u obtención de la prueba llevada a cabo en un Estado parte en el CEDH ha vulnerado las previsiones de éste, violando los derechos humanos. No entra el TEDH a pronunciarse sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de esa prueba obtenida con violación del derecho, pues difiere esta materia al derecho interno de los Estados⁸⁸³. Pero nos interesa ahora destacar algún pronunciamiento que incide en la cooperación internacional penal, pues el

⁸⁸¹ GUERRERO critica la práctica forense en la que dice es sumamente difícil y ciertamente excepcional que las autoridades judiciales españolas entren realmente a valorar la posible vulneración de un derecho fundamental por parte de otra autoridad judicial de algún país de la Unión, señalando que procedimientos de naturaleza judicial, como el de OEDE, pasen a ser materialmente procedimientos administrativos en los que se echa en falta el efectivo control judicial, haciendo que la protección de derechos fundamentales en los instrumentos de cooperación internacional sea meramente teórica, cfr. GUERRERO PALOMARES, S., “La configuración del derecho fundamental al proceso justo, debido o equitativo (fair trial o due process) en el ámbito de la Unión Europea” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana (ROBLES dir.coord)*, Cizur Menor, 2013, pág. 112, nota al pie de página 22.

⁸⁸² Es abundante la doctrina que ha estudiado los pronunciamientos jurisprudenciales del TEDH que inciden en la investigación y obtención de prueba penal. A título ejemplificativo, cfr. MARTÍN OSTOS, J., “La presunción de inocencia en la justicia penal europea del siglo veintiuno” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (MARTÍN OSTOS coord.)* Barcelona 2013, pág. 345-362; cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Límites en la investigación de los delitos conforme a la doctrina del TEDH”, *Estudios de derecho judicial* n° 155, Consejo General del Poder Judicial, 2009; cfr. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo”, *Estudios de derecho judicial* n° 155, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

⁸⁸³ SSTEDH Schenk contra Suiza de 12 de julio de 1988 y Heglas contra República Checa de 1 de marzo de 2007 (caso 5935/0), entre otros.

pronunciamiento jurisprudencial obliga al Estado requirente de la asistencia a ponderar si el modo en que fue ejecutada la solicitud de cooperación internacional en otro Estado viola o no los derechos fundamentales protegidos por el convenio. Al respecto es muy ilustrativa la sentencia del TEDH de 27 de octubre de 2011 dictada en el caso *Stojkovic contra Francia y Bélgica* (nº 25303/08) en el que el tribunal considera que ha existido violación del derecho a la asistencia letrada (art. 6.3 CEDH) y del derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH) con ocasión de una petición de cooperación internacional cursada por las autoridades judiciales francesas a las belgas. El TEDH condena a Francia por entender que era responsabilidad de las autoridades francesas asegurar que los actos procesales llevados a cabo ante las autoridades belgas en ejecución de la solicitud de asistencia judicial francesa no conculcaban los derechos de la defensa y del derecho a un juicio justo en el procedimiento que se desarrollaba en Francia, procedimiento para el que había sido emitida la rogatoria. La sentencia, sin embargo, considera inadmisibles la demanda frente a Bélgica.

Por lo relevante del supuesto analizado, que recoge la teoría que venimos a defender en este capítulo, resumiremos brevemente el caso sustanciado ante el tribunal de Estrasburgo. El demandante, Sr. Stojkovic, residía en Bélgica, motivo por el cual las autoridades francesas que investigaban un robo cometido en Francia emitieron una comisión rogatoria para que las autoridades belgas oyeran al Sr. Stojkovic en condición de “testigo con asistencia legal”. En el interrogatorio en Bélgica el Sr. Stojkovic solicitó que le asistiera un abogado, pero se le denegó por las autoridades belgas. Reconoció los hechos y con base en esa declaración fue condenado en Francia. En las alegaciones ante el tribunal el gobierno francés destaca que la ejecución de la comisión rogatoria estaba en manos de las autoridades belgas y que era la ley belga la que resultaba de aplicación. Como consecuencia de ello, la solicitud de que le asistiera un abogado debía entenderse referida sólo al procedimiento que se desarrollara en Francia. A pesar de que el tribunal reconoce que las autoridades francesas no tuvieron responsabilidad en cómo se desarrolló el interrogatorio en Bélgica puntualiza que, de conformidad con el artículo 1 CEDH, la responsabilidad de proteger los derechos humanos corresponde a las autoridades nacionales. Concluye que debían haberse asegurado las autoridades francesas de que los actos llevados a cabo en Bélgica no suponían merma de los derechos de la defensa y del derecho al juicio justo en el procedimiento francés.

GASCÓN critica la permisividad de nuestro Tribunal Supremo con las pruebas obtenidas en el extranjero, aportando a nuestro juicio muy sólidas razones que evidencian la debilidad argumentativa de la construcción jurisprudencial. En síntesis:

- a) El valor primordial que otorga la jurisprudencia a la *lex loci* parece desconocer la posibilidad de solicitar el respeto a la *lex fori* conforme a los actuales instrumentos de cooperación jurídica internacional penal. No se trata por tanto de que los tribunales extranjeros conozcan nuestro ordenamiento jurídico o el desarrollo jurisprudencial español de ciertas garantías procesales, sino de que las autoridades judiciales españolas soliciten el respeto a determinadas especialidades en la obtención de prueba al cursar la solicitud de auxilio judicial internacional.
- b) La doctrina jurisprudencial consistente en que nuestros tribunales no pueden verificar el cumplimiento de la *lex loci*, aboca a que no haya posibilidad de rechazar pruebas obtenidas en el extranjero aunque se hayan vulnerado derechos fundamentales.
- c) La confianza mutua, el espacio judicial europeo y el hecho de que los Estados miembros sean todos firmantes del CEDH no es suficiente justificación para la primacía

de la *lex loci*, máxime cuando ésta se proclama también en convenios bilaterales suscritos por España con terceros Estados no miembros de la UE⁸⁸⁴.

En relación con el respeto a la *lex fori* que posibilita el CUE/2000 MORÁN pone de manifiesto que las posibilidades abiertas por el CUE/2000 “obligarían a la autoridad requirente a concretar expresamente en las solicitudes de auxilio aquellas garantías indispensables que son requisito de validez de la prueba con el fin de evitar posibles alegaciones de nulidad derivadas de la falta de respeto a las garantías previstas en nuestro ordenamiento”⁸⁸⁵. Esta es la línea que defenderemos, no tanto por entender que así se evitan alegaciones de nulidad sino por considerar que exigir estas garantías - que son consideradas esenciales por nuestro legislador o por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal- garantiza un juicio justo de conformidad con los parámetros, afortunadamente exigentes, del proceso penal español.

Bajo esta premisa, a saber, que resulta ineludible una revisión de la jurisprudencia de nuestro TS sobre la prueba penal transfronteriza, intentaremos analizar en qué medida y en qué modo la prueba que se recaba en el extranjero para nuestro proceso debiera ser tachada de ilícita por nuestros órganos jurisdiccionales. El análisis se realizará desde distintas vertientes, partiendo de cuestiones generales (como la necesaria autorización judicial para la obtención de la prueba de que se trate), pasando por la incidencia de la participación de personas u órganos facilitadores de la cooperación internacional (singularmente de Eurojust) para acabar finalmente, sin ánimo de exhaustividad, analizando algunas particulares cuestiones derivadas de la concreta diligencia de investigación de que se trate. También haremos observaciones en atención a las singularidades propias del mecanismo de cooperación internacional utilizado (de asistencia convencional o instrumentos de reconocimiento mutuo, deteniéndonos también en la obtención de prueba al amparo del principio de disponibilidad).

Los criterios que en nuestra opinión deben conllevar que la prueba transnacional sea inadmisibile en España son los ya adelantados, que volvemos a reproducir para mayor claridad. Entendemos que debería ser inadmisibile la obtención de prueba en otro Estado cuando haya supuesto:

- 1º) Una violación de los derechos fundamentales de conformidad con la jurisprudencia del TEDH.
- 2º) Una infracción de las normas promulgadas por la UE en materia de garantías procesales.
- 3º) Una infracción del nivel de protección que otorga a estos derechos la legislación española y la interpretación jurisprudencial por nuestros tribunales, en este último caso si el concreto mecanismo de asistencia judicial internacional utilizado para recabar esa prueba permitía instar de las autoridades extranjeras su respeto.

También en la misma línea SÁNCHEZ SISCART califica de desenfocada la afirmación rotunda de que no corresponde a la autoridad judicial española la facultad de supervisión de la legalidad de las actuaciones efectuadas en otro país de la Unión

⁸⁸⁴ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales”, cit, pág. 1254-1259.

⁸⁸⁵ La autora señalaba también que “convendría alertar respecto a lo que pueda suceder en el futuro con esta Jurisprudencia en relación con la aplicación del Convenio de 2000”, Cfr. MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “Obtención y utilización de la prueba transnacional”, *Revista de Derecho Penal*, número 30, 2010.

Europea, ni verificar la cadena de legalidad de las actuaciones llevadas a cabo por los funcionarios de esos países. Tras citar sentencias de nuestro TS donde se lleva a cabo esta revisión, a la luz de la normativa internacional reguladora de la concreta asistencia o mediante la comprobación de la regularidad de la obtención de la prueba conforme a la legalidad vigente en el país requerido, añade un tercer criterio, que haya existido una vulneración que pueda afectar al orden público procesal que ha de examinar el tribunal finalmente llamado a valorar la prueba obtenida en el extranjero, esto es, el orden público español⁸⁸⁶. En opinión de este autor, por tanto, al respeto a la normativa internacional habría que añadir el filtro de la *lex loci* y también el de la *lex fori*. Aunque en lo sustancial coincidimos – el respeto a las normas esenciales de la *lex fori* - nuestros criterios serán otros, los anteriormente expuestos, porque consideramos que puede haber supuestos en los que, aún con infracción de la normativa internacional que ampara la petición de asistencia, la prueba debe ser admisible. Pondremos ejemplos. Pero nuestra discrepancia se centra sobre todo en el carácter esencial que cabe o no atribuir al respeto a la *lex loci*: nos parece que algunas vulneraciones del ordenamiento jurídico del Estado donde la prueba se practica no deben ser sancionadas con la tacha de ilicitud. Intentaremos dar razones para esta toma de postura. En cualquier caso, los criterios expuestos por el autor centran el foco en lo que consideramos prioritario: un tratamiento que garantice el respeto a los derechos fundamentales durante la investigación y obtención de prueba, aunque tenga lugar en el extranjero.

Al hilo de los casos de inadmisibilidad que pasamos a exponer pondremos también de manifiesto otras irregularidades que, si bien no justificarían que la prueba se calificara de ilícita, sí consideramos debieran ser objeto de consideración en el momento de valoración de la prueba en el plenario.

Pero antes de entrar en la casuística que la cooperación internacional penal ofrece, parece obligado hacer una consideración inicial que enlaza con la observación del uso impropio que venimos haciendo del término “prueba”. Es pacífico que, como tal, sólo puede considerarse aquella que se practica en el juicio oral. Las garantías del artículo 6 CEDH son aplicables a cómo se obtiene la prueba; es en el juicio oral donde debe regir en plenitud el derecho a un juicio justo y los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración, contradicción, valoración razonable de la prueba, principio acusatorio y presunción de inocencia. La cooperación internacional penal en el ámbito probatorio es excepcional en fase de enjuiciamiento (salvo para declaraciones de testigos y peritos por videoconferencia). La mayor parte de las cuestiones que trataremos tienen que ver con la fase previa al juicio, la fase de instrucción penal y por eso resulta imprescindible traer a colación que el TEDH ha recordado que las garantías del artículo 6 se aplican al conjunto del procedimiento, incluidas las fases de información preliminar y de instrucción judicial en la medida en que su inobservancia podría comprometer gravemente el carácter equitativo del proceso (STEDH 6 de enero de 2010 caso 74181/01 *Vera Fernández-Huidobro contra España*)⁸⁸⁷. Aun partiendo de la limitación de muchas de estas garantías a la fase de instrucción⁸⁸⁸, no debe perderse

⁸⁸⁶ Cfr. SÁNCHEZ SISCART, J.M., “Prueba practicada en el extranjero” en *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada CGPJ, Madrid, 2009, pág.560-568.

⁸⁸⁷ Cita la sentencia otros fallos del TEDH en los que se extiende también a la fase de instrucción las citadas garantías, como *Imbrioscia contra Suiza*, de 24 de noviembre de 1993, o *Pandy contra Bélgica*, de 21 de septiembre de 2006.

⁸⁸⁸ Sobre esta extensión cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso con todas las garantías”, *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continuada CGPJ, nº22, 2004, pág. 21 y ss.

de vista que si la diligencia que se practica durante la fase de instrucción no puede repetirse en el juicio oral el Juez instructor debe tomar las medidas necesarias para garantizar el respeto a principios como el de contradicción. Y puede ocurrir frecuentemente que las declaraciones que se presten a través de mecanismos de cooperación internacional no sean de fácil reproducción en el juicio oral, por lo que es especialmente importante garantizar los derechos de la defensa en estos casos en que se acude a otro Estado para “recabar prueba”. Por tanto, las referencias que hagamos a los principios propios del derecho justo deben entenderse desde la premisa siguiente: si bien limitadamente, se aplican también a la fase de instrucción y conviene que así sea especialmente cuando se trate de cooperación internacional durante la investigación.

4. CUESTIONES GENERALES

Analizaremos bajo este epígrafe los problemas de admisibilidad de prueba transfronteriza comunes, esto es, que pueden presentarse en relación con todo tipo de diligencias de investigación, difiriendo para el epígrafe siguiente la problemática específica que surge en atención a las concretas actividades probatorias que allí serán abordadas.

4.1 Transmisión de procedimientos

Nos ocuparemos en primer lugar de la admisibilidad de las diligencias de prueba que se hayan practicado en el extranjero, no como consecuencia de la ejecución de una petición española de asistencia judicial internacional, sino en el seno de un procedimiento que, siendo inicialmente un proceso penal de otro Estado, acaba convertido en un proceso penal español por haber sido transmitido a nuestras autoridades para su enjuiciamiento en España.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, son varias las normas que abordan la admisibilidad de la prueba así transmitida. Lo hacen de manera similar, aunque con ciertos matices diferenciadores. Por una parte el CCE/1972 en su artículo 26.1 dispone que “todo acto que tenga por objeto la instrucción de procedimiento, efectuado en el Estado requirente, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes en dicho Estado, tendrá en el Estado requerido *la misma validez* que hubiera tenido ese acto efectuado por las autoridades de este Estado, sin que esta asimilación pueda tener como efecto conferir a dicho acto una fuerza probatoria superior a la que tiene en el Estado requirente”. Por otro, el artículo 27.4 Ley 16/2015, que al regular la validez de los procedimientos transmitidos a través de Eurojust por una autoridad judicial de otro Estado miembro al considerar que las autoridades españolas están en mejores condiciones para su enjuiciamiento⁸⁸⁹, establece que “aceptada la iniciación o ampliación del procedimiento, *se considerarán válidos en España* los actos de instrucción realizados por el Estado que remite el procedimiento, *siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español*”.

GASCÓN aborda la permisividad de este artículo 26.1 CCE/1972 y de su homólogo en la legislación española reguladora del miembro nacional de España en Eurojust (entonces el art. 16.4 Ley 16/2006) señalando que de su literalidad se desprende que la observancia de la *lex loci* comporta una presunción, *iuris et de iure*, de que se han

⁸⁸⁹ Destacable es la ubicación sistemática de este precepto al incardinarse dentro del capítulo IV, dedicado a las relaciones entre Eurojust y las autoridades españolas, cuando pareciera que su integración en el capítulo dedicado a los conflictos de jurisdicción hubiera resultado más sistemático.

salvaguardado las garantías de la *lex fori*. En referencia a la transmisión a través de Eurojust destaca la dificultad de dilucidar qué debe entenderse por *principios fundamentales del ordenamiento español*, concluyendo que se está haciendo alusión a la necesidad de que las actuaciones se desarrollen respetando las garantías esenciales del proceso penal, específicamente en lo que a adquisición de fuentes de prueba se refiere⁸⁹⁰.

Aunque la idea neurálgica de los preceptos citados es la misma (la presunción de admisibilidad que mencionaba GASCÓN) parece oportuno analizar sus concretas previsiones con detenimiento, pues se aprecian importantes matices entre unos y otros supuesto.

Común al CCE/1972 y la Ley 16/2015 es la circunstancia de que predicen este efecto únicamente de los “actos de instrucción” por lo que surgen dudas en relación con la prueba anticipada o preconstituida practicada fuera de España, que, siguiendo una interpretación literal, pudiera entenderse que no está abarcada por esta presunción de admisibilidad.

Al estudiar la previsión de la Ley 26/2015 es necesario tener presente que otorga este efecto a los actos de instrucción practicados en procedimientos transmitidos a España sin que la Decisión Eurojust o alguna otra norma promulgada por la UE así lo prevea. No tiene apoyo en ninguna norma específica distinta a la convencional del CCE/1972. Pero es probable que la transmisión se realice al margen de este convenio, pues son muchos los Estados miembros que no lo han ratificado todavía (a título ilustrativo, no lo han hecho Reino Unido, Francia, Portugal, Alemania, Italia, Letonia, Polonia, Finlandia o Malta). En estos casos la transferencia deberá tener otra base jurídica, como la reciprocidad. Resulta en este sentido sorprendente que, por imperativo de la legislación española que implementa la Decisión Eurojust, la presunción de admisibilidad de los actos de instrucción realizados en el otro Estado miembro despliegue sus efectos sólo para el caso de que la transmisión se articule a través de este órgano de la UE – cuestión que en modo alguno es obligatoria - y, por el contrario, de hacerse al margen de Eurojust, en remisión directa desde la autoridad judicial del otro Estado a la española, este efecto no tendrá lugar. Esta “privilegiada admisibilidad” que ha querido conferir el derecho español a la prueba transmitida con el procedimiento nos parece que puede dar lugar a ciertos abusos de foro. Nos explicamos. El tratamiento de los conflictos de jurisdicción en la UE dista mucho de ser una regulación que confiera seguridad jurídica a la defensa sobre qué jurisdicción será la que finalmente conocerá de un hecho delictivo que tenga incidencias o repercusión en varios Estados. Por el contrario, la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales⁸⁹¹ se basa en el consenso de las autoridades responsables de la investigación penal, de modo que si no hay consenso, se recaba la participación de Eurojust – en los casos que son de su competencia –, sin que tampoco el dictamen de los miembros nacionales o del colegio sea vinculante de conformidad con la Decisión Eurojust. Así las cosas, no parece desencaminado tener presente que para la resolución del conflicto

⁸⁹⁰ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales. (Reflexiones a la luz de la jurisprudencia española)” en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.), Valencia 2012, pág. 1250-1251.

⁸⁹¹ DOUE L 328 de 15 de diciembre de 2009.

de jurisdicción, además de los criterios que con carácter orientativo vienen fijados en el artículo 32.5 de la Ley 16/2015⁸⁹², las autoridades europeas puedan valorar el hecho de que la prueba practicada en otro Estado miembro que se transfiera a España gozará de una eficacia probatoria de la que carecerá la practicada en España si el procedimiento se transmite al otro Estado, pues previsiblemente en este último no existirá norma alguna que confiere a nuestras investigaciones esta eficacia.

Esta presunción de admisibilidad creemos que debe ceder cuando, incluso aunque se haya respetado la *lex loci*, en la obtención de prueba para el procedimiento que se seguía inicialmente en el otro Estado miembro se han vulnerado garantías procesales recogidas en normas de la UE que dicho Estado tendría que haber respetado, como conferir al investigado el derecho a que le asistiera un letrado o un intérprete durante su declaración. También desde luego si se ha vulnerado la doctrina del TEDH sobre protección de derechos fundamentales. Sin embargo, las concretas normas españolas determinantes del alcance de la protección de los derechos fundamentales no era posible que fueran tenidas en cuenta cuando todavía no se sabía que el procedimiento acabaría siendo enjuiciado ante los tribunales españoles, lo que consideramos aconseja hacer una interpretación más flexible de la que venimos propugnando cuando la obtención de prueba deriva de una solicitud expresa cursada por la autoridad judicial española.

Para acabar con este apartado puntualizaremos que desde luego consideramos que debe ser posible valorar si se cumple la premisa sobre la que se asienta la presunción de admisibilidad: que se ha respetado la *lex loci*. Creemos que la defensa puede cuestionar, justificadamente, si esta premisa se ha cumplido o no y que el enjuiciamiento en España debe permitir al tribunal llegar a una conclusión al respecto, conclusión de la que podrán extraerse consecuencias sobre el valor de esta prueba. MORÁN nos ilustra sobre la práctica en otros Estados de la UE, donde sí se lleva a cabo un análisis de validez conforme al derecho del país de obtención. Cita concretamente el caso de Reino Unido que, en varias ocasiones y previa alegación de la defensa, ha analizado cómo se obtuvo la prueba en otro país europeo, juzgando sobre la validez conforme a la legislación de ese país. Pero es más, concluye que en estos supuestos se revisa la prueba conforme a un doble rasero: el de las normas del lugar donde fueron obtenidas, además del examen general de adecuación al derecho británico⁸⁹³.

⁸⁹² La Ley 16/2015 ha implementado también la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales pero añadiendo criterios orientativos para que las autoridades judiciales españolas resuelvan los conflictos de jurisdicción. Concretamente, de conformidad con el artículo 32.5 Ley 16/2015 estos criterios serían:

- a) Residencia habitual y nacionalidad del imputado.
- b) Lugar en el que se ha cometido la mayor parte de la infracción penal o su parte más sustancial.
- c) Jurisdicción conforme a cuyas reglas se han obtenido las pruebas o lugar donde es más probable que éstas se obtengan.
- d) Interés de la víctima.
- e) Lugar donde se encuentren los productos o efectos del delito y jurisdicción a instancia de la cual han sido asegurados para el proceso penal.
- f) Fase en la que se encuentren los procesos penales sustanciados en cada Estado miembro.
- g) Tipificación de la conducta delictiva y pena con la que ésta viene castigada en la legislación penal de los distintos Estados miembros implicados en el conflicto de jurisdicción

⁸⁹³ Cfr. MORÁN MARTÍNEZ, R.A., "Obtención y utilización de la prueba transnacional", *Revista de Derecho Penal*, número 30, 2010.

4.2 Autorización en el proceso español de la obtención de la prueba en el extranjero

Por elemental que parezca el razonamiento, en ocasiones en la obtención de prueba transnacional lo que falla es la propia autorización de la diligencia de investigación en el proceso español. No nos referimos a ese tipo de problemas que pueden ser comunes a la obtención de prueba nacional (como la falta de motivación de la resolución, de proporcionalidad de la medida o de justificación de su necesidad e idoneidad). En los problemas de la resolución autorizante -que serían comunes a las causas nacionales - no nos detendremos. Estamos pensando en el hecho, demostrado con cierta frecuencia en la práctica, de que a veces se omite la propia autorización de la diligencia en el proceso español si la prueba se debe obtener en el extranjero. Nuestro razonamiento aquí es sencillo: difícilmente puede tacharse de lícita la prueba obtenida en otro Estado cuando su propia obtención no ha sido judicialmente acordada en el proceso nacional, por mucho que resulte necesario acudir a un mecanismo de cooperación internacional para interesar que esa diligencia se practique en el extranjero. Este último, por así decirlo, será siempre accesorio de lo que no puede nunca faltar: la resolución acordando la obtención de prueba.

A nuestro juicio, dos son los tipos de resoluciones que debe dictar el juez de instrucción para acordar la práctica de la diligencia de investigación en otro Estado. No hay obstáculo en que ambas resoluciones judiciales se refundan en una sola, pero por claridad expositiva nos parece mejor mantenerlas diferenciadas:

a) Una primera, que sería idéntica a la que se dictaría en casos propiamente nacionales, acordaría la diligencia en sí. Autorizaría, por tanto, la intervención telefónica, el registro domiciliario o la declaración del imputado o del testigo, por citar ejemplos. Según el tipo de diligencia de que se trate la práctica forense indica que probablemente será una providencia si se refiere a declaraciones o periciales y deberá ser un auto si afecta a derechos fundamentales. Nada novedoso en este punto en relación con lo que exige la LECrim para los casos que no tienen dimensión transfronteriza.

b) A continuación debe dictarse una segunda resolución que acordaría acudir a un mecanismo de cooperación jurídica internacional para instar o requerir (según se trate de asistencia convencional o de un instrumento de reconocimiento mutuo) que esa prueba se practique en el extranjero. La ausencia de una ley de cooperación judicial internacional penal y las deficiencias de la LRM hacen que empiecen a surgir aquí las dificultades, como ya adelantamos en el capítulo I de esta obra. Creemos que en todo caso esta segunda resolución debe revestir la forma de auto porque supone tomar decisiones - que deben estar motivadas - sobre aspectos jurídicos esenciales, como el mecanismo de cooperación elegido y, sobre todo, las formalidades o procedimientos que se solicita que sean respetados por la autoridad requerida, dando así cabida a la *lex fori* en la ejecución de esa petición de asistencia judicial que implica obtener prueba.

Partiendo de este doble proceso decisorio, nos parece que debe tacharse de inadmisibles la prueba que, obtenida en el extranjero, no ha sido autorizada previamente en el proceso español. Es decir, cuando falta la primera de las resoluciones con la que se acuerda la práctica de la diligencia en sí. La mera emisión de la comisión rogatoria o del instrumento de reconocimiento mutuo no puede suplir el acto procesal de autorización de la diligencia, pues sólo esta primera resolución satisface la exigencia constitucional de que la restricción de derechos se articule por una decisión judicial motivada. Por definición, sólo éste será recurrible, difícilmente podrá hacerse valer por la defensa la ausencia de los requisitos para practicar la diligencia en el extranjero si la medida de

investigación no viene acordada en el proceso español a través de la oportuna resolución judicial. Gráficamente, la comisión rogatoria que inste la intervención telefónica de un determinado número de teléfono en el extranjero no puede suplir el auto que acuerde judicialmente la intervención, por mucho que deba ejecutarse en otro país. Esta resolución autorizante de la diligencia, además de existir, tiene que cumplir con todos los requisitos para que la diligencia venga legalmente acordada en España. No basta, por tanto, una mera providencia que acuerde emitir la comisión rogatoria para la intervención telefónica en otro Estado; debe dictarse también el auto con los mismos requisitos que tendría que tener si la intervención tuviera lugar en España, al margen de que deba luego añadirse una resolución que acuerde cursar la petición de cooperación internacional a otra autoridad judicial para su ejecución en otro Estado.

En la jurisprudencia encontramos casos en los que la resolución judicial previa a la emisión de la comisión rogatoria no reunía los requisitos exigidos en la LECrim, motivo por el cual no pudo tenerse en cuenta la prueba obtenida en ese caso mediante el auxilio judicial internacional. En la sentencia de la AN 2051/2009 de 30 de abril de 2009 se aborda de pleno esta cuestión en relación con la interceptación de unas comunicaciones que tuvieron lugar por correo electrónico. Esta sentencia, frecuentemente citada al tratar la prueba penal transfronteriza, dice literalmente (la cursiva es nuestra): “Desconoce en realidad la Sala cual ha sido el procedimiento policial seguido para obtener directamente la información procedente de la entidad Microsoft. Existe una cadena de confusas resoluciones judiciales que posiblemente estén en el origen del problema y probablemente les permitió recibir esa información. Pero lo que es cierto, es que por el Juzgado no se había dictado ningún auto habilitante que diera cobertura a dichas observaciones, tal como viene exigido por el art. 18.3 CE y 579 de la LECrim. No cabe, por ello, sino considerar que estas observaciones de correos electrónicos no son solo ilegales, sino también contrarias a la Constitución y, como tales, afectadas de nulidad radical e insubsanable, con todas las subsiguientes consecuencias contaminantes de aquellos actos que se encuentren en una relación de conexión de antijuridicidad con aquellas. Aunque con un razonamiento indudablemente más complejo, también esta consideración debe extenderse a la obtención de la información a través de la Comisión Rogatoria a EEUU y su ampliación. Como respuesta a la compleja solicitud policial (f. 220 y ss; 227;228....), como hemos indicado, el Juzgado se limita a dictar un inicial proveído transcrito (f. 253), que se ve acompañado por otro segundo, varios meses después, ordenando remitir una ampliación de la Comisión Rogatoria respondiendo a la solicitud de complemento informativo pedido por la propias autoridades centrales norteamericanas, que comunican al Juzgado la imposibilidad de cumplimentar la Comisión Rogatoria si ésta no se formalizaba adecuadamente aportando la información necesaria (art. 14.1 del Tratado bilateral) para llevar a cabo lo solicitado. *A juicio de la Sala, tampoco en este caso la mera emisión de la Comisión Rogatoria cumple la función de resolución judicial a que se refiere el art. 18.3 de la CE, ni en si misma considerada, ni lleva consigo tampoco una delegación o transferencia válida de esta facultad al juez o autoridad extranjera que ha de cumplimentar la ayuda judicial solicitada. La facultad de control de la procedencia de la injerencia del derecho fundamental que se está produciendo en España, aunque se requiera el concurso de una autoridad extranjera, es indelegable en aquella, sin perjuicio de que ésta pueda establecer también sus medios de control de acuerdo con su ordenamiento jurídico. En otras palabras, en un caso como el presente, la circunstancia de que la información que se quiera obtener se encuentre ocasionalmente almacenada o ubicada en el extranjero no debe exonerar al juez español de sus obligaciones jurisdiccionales en relación con la restricción de los derechos fundamentales de personas que se encuentran bajo su jurisdicción en España, y cuyos derechos fundamentales se encuentran protegidos, precisamente por la jurisdiccionalidad, como uno de los requisitos esenciales para su posible restricción. La Comisión rogatoria es un mero instrumento de ejecución del acuerdo previo de restricción de derechos fundamentales, adecuadamente motivado, que en el presente caso debió haber sido adoptado. (...) El hecho de que, dada la*

globalización de las comunicaciones, haga posible técnicamente que la observación de éstas pueda ser llevada a cabo en cualquier otro país no deroga el régimen general a que han de ajustarse éstas para su validez constitucional en España, sin que por ello consideremos sea factible sustituir el control jurisdiccional del juez español sobre una medida que afecta a ciudadanos bajo su jurisdicción, por su ejercido por otro juez extranjero, de acuerdo con su derecho, que en todo caso, debe estimarse, podrá actuar, a lo sumo, complementariamente con el español”.

Por otra parte, la ausencia de la resolución que justifica el *concreto mecanismo de cooperación internacional elegido*, esa que en el discurso expositivo venimos llamando “segunda resolución”, creemos que puede también generar inadmisibilidad de la prueba. Conviene traer aquí a colación una serie de prácticas, en cierta medida generalizadas en el uso forense, que pueden conllevar la exclusión de la prueba obtenida en el extranjero precisamente por haberla recabado *fuera de los mecanismos jurídicos vigentes* que permiten su obtención de manera lícita, en definitiva, prueba obtenida sin cobertura legal internacional. Nos referimos a los siguientes supuestos:

a) Requerimientos realizados - en el ejercicio de la actividad jurisdiccional - para obtener prueba documental de entidades o personas ubicadas en el extranjero. No es infrecuente que las autoridades judiciales españolas se dirijan directamente a entidades ubicadas en el extranjero con la finalidad de obtener de las mismas alguna documentación o determinados datos que son relevantes para el proceso penal seguido en nuestro país. Paradigmático es el supuesto de las empresas proveedoras de servicios de internet ubicadas en EEUU o de las entidades bancarias cuya sede u oficina principal, que almacena los datos, se ubica en el extranjero. El oficio de la autoridad judicial española pretende, en consecuencia, hacer valer su autoridad jurisdiccional en relación con unas empresas residenciadas fuera de nuestras fronteras, fuera de la jurisdicción de nuestros tribunales, de modo que se les insta a que faciliten una información o documentación sin que las autoridades judiciales del Estado donde radica la prueba califiquen como procedente esta colaboración y acepten ejecutarla para nuestro proceso penal. Supone, en definitiva, la obtención de prueba al margen de las autoridades judiciales competentes del otro Estado.

Un ejemplo, aunque forzado, puede ser significativo del problema que queremos plantear. Imaginemos que la documentación relevante para la instrucción de un delito de aborto practicado en España -en la filial de una clínica abortiva- se custodia únicamente en la central de la clínica, que se encuentra en otro Estado donde el aborto no está en ningún caso penalizado. El requerimiento de la autoridad judicial española que contenga el apercibimiento de responsabilidad penal en caso de no facilitar la información no puede realizarse directamente por las autoridades judiciales españolas a la central ubicada en el extranjero, pues las autoridades judiciales del Estado requerido pueden condicionar la utilización de coerción a la doble tipificación de la conducta. Si se acudiera a la única vía para obtener prueba lícitamente en el extranjero, la correspondiente comisión rogatoria - o instrumento de reconocimiento mutuo si se tratase de Estados de la UE - las autoridades judiciales requeridas podrían rechazar la ejecución. Obviarlas mediante la remisión directa a la empresa no tiene cobertura en los mecanismos internacionales de cooperación entre los Estados y consideramos que puede conllevar que resulte inadmisibile la información así obtenida. Hemos puesto este ejemplo porque el aborto o la eutanasia son delitos cuya tipificación exacta puede variar notablemente incluso dentro de la UE y resulta más fácil vislumbrar los problemas que la ausencia de doble tipificación de la conducta puede generar. Sin embargo, como apuntábamos, no son infrecuentes estos requerimientos directos a entidades bancarias o proveedores de servicios de internet, donde una problemática similar puede plantearse y, sobre todo, donde carece igualmente de justificación que se

eludan los mecanismos de cooperación internacional existentes en el ordenamiento jurídico español.

Cuestión diferente sería si la autoridad judicial española se dirige a estas empresas ubicadas en el extranjero para que voluntariamente entreguen documentación, sin contener requerimiento alguno. En este caso entendemos que sí sería admisible que la documentación quedara unida a autos, pudiendo ser valorada por nuestros tribunales.

b) Declaraciones en sedes consulares: tampoco tiene amparo legal que la prueba para el proceso penal se obtenga mediante el auxilio de las oficinas consulares de España en el extranjero, cuyos responsables no son autoridades que ostenten la condición de autoridades judiciales a las que nuestros órganos puedan exhortar para que, con su intervención, no amparada en convenio internacional alguno, se practique la diligencia de investigación relevante para nuestro proceso. En la práctica observamos con cierta frecuencia que el testigo está dispuesto a comparecer voluntariamente en el consulado español y que nuestros tribunales exhortan a las oficinas consulares o embajadas correspondientes para que, por videoconferencia desde su sede, el testigo preste testimonio en la causa penal española. Al no estar prevista esta posibilidad en los convenios internacionales de asistencia judicial penal debiera ser inadmisibile el testimonio así recabado (igual que no se admitiría el testimonio prestado en España en una oficina administrativa en lugar de en sede judicial a través del correspondiente exhorto).

De hecho, en el año 2013 desde el Ministerio de Asuntos Exteriores se remitió a los consulados una comunicación que acompañaba un informe del Ministerio de Justicia alertando esta práctica y poniendo de manifiesto la necesidad de que la prueba recabada en otro Estado se ajustase a los términos previstos en los convenios de asistencia judicial en materia penal vigentes en España.

Retomando el hilo argumental, y volviendo sobre la resolución judicial que concreta cómo se recabará internacionalmente la prueba, de no dictarse esta resolución – la segunda resolución, según la terminología explicativa que venimos utilizando– difícilmente podrán las partes cuestionar si la diligencia acordada tiene cabida o no en el ámbito del instrumento de cooperación internacional elegido. Y esto puede tener especial importancia en los instrumentos de reconocimiento mutuo. No obstante, la declaración de ilicitud de la prueba finalmente obtenida dependerá en gran medida de las circunstancias del caso concreto, esto es, de si además de la legalidad ordinaria, ha habido efectiva infracción de derechos fundamentales.

Si, como hemos visto, en los instrumentos de reconocimiento mutuo hay un mandato de reconocimiento cuasi-automático, los motivos de denegación de la ejecución están tasados y las posibilidades de recurso constreñidas también, la utilización de un instrumento de reconocimiento mutuo para diligencias que no tienen cabida en su ámbito implica, *de facto*, limitar las posibilidades de impugnación por la defensa en mayor medida de lo que permite la normativa europea.

Es el caso por ejemplo de que en un auto se acuerde la obtención de ADN de un investigado que se encuentra en otro Estado miembro. Tras este auto, se emite el certificado del EEP sin una previa resolución judicial que justifique la elección de esta vía, a todas luces incorrecta por estar expresamente esta diligencia excluida de su ámbito. Entendemos que la parte podrá oponerse a la admisibilidad de esta prueba por haberse hecho con vulneración de la normativa nacional y europea que configura este mecanismo. Si por las circunstancias del caso concreto no hay vulneración de derechos fundamentales (por ejemplo, porque el investigado asistido de abogado accedió a la obtención de ADN) la consecuencia no sería la ilicitud. Pero si esta

vulneración sí se produjo a la vista de las concretas circunstancias, la consecuencia podría ser la ilicitud.

Finalmente, esta segunda resolución judicial - que concreta qué mecanismo de cooperación internacional es el elegido para recabar la asistencia de las autoridades judiciales de otro Estado - es también de importancia capital para poder valorar si las formalidades o procedimientos exigidos en la petición de cooperación internacional son suficientes o no para entender salvaguardada la *lex fori* en aquellos aspectos sustanciales que, de no concurrir, podrían calificar de ilícita a la prueba transfronteriza. Ahora bien, es evidente que esta valoración y, en su caso, la ilicitud, podrá alegarse después, cuando se una la prueba a autos. Y esto nos introduce de pleno en el tema de qué formalidades o procedimientos pueden exigirse por la autoridad judicial española para hacer admisible la prueba transnacional en España, cuestión que veremos más adelante.

4.3 Participación de las autoridades españolas y de las partes procesales en la obtención de prueba en otro Estado

A lo largo de toda esta investigación, con ocasión del estudio individualizado de los distintos mecanismos de cooperación internacional que permiten investigar y obtener prueba, hemos venido calificando de muy positivas aquellas previsiones que permiten la participación de las autoridades del Estado requirente -de asistencia a través de la comisión rogatoria- o emisor -del instrumento de reconocimiento mutuo- durante la ejecución de la diligencia mediante su desplazamiento al Estado donde la obtención de prueba tiene lugar. Hemos repetido que sin duda la participación de estas autoridades, conocedoras de la *lex fori*, redundará en una mayor certeza de la admisibilidad de la prueba obtenida en otro Estado porque velarán por el cumplimiento de las garantías esenciales de la legislación conforme a la cual será enjuiciada la conducta delictiva. Con su intervención durante la ejecución podrán hacer observaciones sobre en qué medida el procedimiento seguido es acorde o no a la legislación de su Estado. Por tanto, aplicando esta argumentación a las autoridades judiciales españolas de emisión, consideramos muy recomendable que participen en la ejecución de diligencias de investigación que se lleven a cabo en el extranjero durante la instrucción del procedimiento penal.

Centrándonos en la fase de instrucción, porque en las demás se da por sobreentendido, sostenemos la conveniencia de que esta posibilidad no sólo exista para las autoridades españolas que emiten la solicitud de cooperación penal internacional sino que también se extienda a las partes personadas durante la fase de instrucción, salvo que esté declarada secreta.

Esta participación puede suponer, por ejemplo, que antes de transmitir la comisión rogatoria se permita al letrado de la defensa y a la fiscalía presentar un pliego de preguntas para que el testigo deponga sobre ellas y no sólo sobre las que decida el juez instructor.

Pero lo que va a centrar nuestra atención ahora es la posibilidad de participar físicamente en la diligencia de obtención de prueba de que se trate. El escollo aquí no es sólo de la legislación nacional (o de la ausencia de una previsión específica al respecto en la normativa interna española). La participación durante la ejecución en el Estado requerido/ejecutor de quien no es autoridad del Estado requirente/emisor no es admitida en algunos mecanismos de cooperación internacional. Recordemos por ejemplo que en la DM/EEP y en la D/OEI no se prevé expresamente, al comprender únicamente la presencia de *autoridades* del Estado de emisión. Y recordemos también que hemos

recomendado la inclusión de esta posibilidad entre los procedimientos y formalidades que pueden ser solicitados expresamente por la autoridad de emisión de este instrumento. Especialmente importante parece en el caso del EEP, donde puede tomarse declaración a las personas que estén presentes durante la ejecución del mismo; ante esta fórmula indeterminada no habrá nunca certeza de quien podrá ser esa persona y sólo con la presencia efectiva de todas las partes se puede garantizar que sea su declaración sometida a la debida contradicción. La presencia de todas las partes durante la ejecución también puede permitir a éstas formular alegaciones o recurrir la decisión de la autoridad española de emitir un EEP o una OEI complementaria durante el curso de la ejecución de la inicial. Pero incluso aun en el supuesto de que fuera posible su intervención, el hecho de que el desplazamiento y estancia en el Estado requerido/ejecutor conlleve unos gastos y que éstos sean sufragados por el Estado en el caso de la acusación pública y no lo sean en el caso de la defensa puede rozar también una efectiva desigualdad de armas que conviene tener presente.

Con el objetivo de favorecer la admisibilidad de la prueba obtenida en otro Estado, especialmente en previsión de que luego sea irreproducible durante la fase de enjuiciamiento, consideramos que debe promoverse por las autoridades judiciales españolas que sea real y efectiva la intervención de todas las partes procesales durante la práctica de la diligencia de investigación en el extranjero, siempre y cuando, lógicamente, su participación fuera posible conforme a la LECrim si la diligencia se practicara en España. Esto es ineludible en caso de que la diligencia se acuerde con el carácter de prueba anticipada, pues de otro modo no podrá tener esta virtualidad.

4.4 Ilicitud derivada de la intermediación de los actores facilitadores de la cooperación penal internacional

La existencia de un entramado orgánico facilitador de la cooperación internacional proyecta también algunos problemas que pueden tener consecuencias en la admisibilidad de la prueba transnacional.

En lo que a los magistrados de enlace se refiere, en nuestra opinión la posible ilicitud puede derivarse de que actúen más allá de sus competencias (que recordemos están desdibujadas en la normativa europea y española). No sería admisible, por ejemplo, que ejecuten directamente una determinada comisión rogatoria porque en modo alguno son autoridades competentes para ejecutar peticiones de asistencia penal internacional. Idéntico razonamiento podría hacerse en relación con los puntos de contacto de las redes de cooperación. Ciertamente es difícil que este caso se presente en la práctica, pero tampoco es imposible que lo haga.

Recientemente se recibió procedente de Finlandia una comisión rogatoria en el Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ cuyo objeto era, en relación con unos hechos concretos que se describían en la misma y que habían ocurrido en territorio español, que se informase si constituían o no delito. Lo característico de este caso es que no se trataba de una consulta abstracta sobre si una conducta estaba o no tipificada en la legislación española, cuestión que podría haberse respondido por los puntos de contacto del servicio. Se pretendía, por el contrario, una calificación jurídica concreta de unos hechos específicos para hacer valer esa información durante el enjuiciamiento en Finlandia, dado que era sustancial para su calificación jurídica y para su persecución extraterritorial en ese país que también los hechos estuvieran tipificados como delictivos en el ordenamiento jurídico español. En el caso descrito el Servicio derivó la rogatoria a la autoridad judicial competente en España, el juzgado de instrucción de la localidad donde los hechos habían tenido lugar, al considerar que ejecutar la rogatoria directamente desde el

Servicio hubiera viciado de inadmisibilidad la información transmitida, pues es evidente que el CGPJ no es autoridad competente para prestar auxilio judicial internacional de ninguna clase.

De mayor entidad nos parecen los problemas de admisibilidad que pueden derivarse de la intervención de Eurojust.

Al analizar el tratamiento que la Ley 16/2015 da al funcionamiento de Eurojust y a las relaciones de nuestras autoridades judiciales con el miembro nacional de España en Eurojust ya tuvimos ocasión de apuntar cierta problemática aneja a la participación de los responsables de la instrucción penal en reuniones de coordinación con otras autoridades.

Es esencial tener presente que estas reuniones que normalmente tienen lugar en la sede de Eurojust, en La Haya, no son un mero intercambio de opiniones. Por el contrario son reuniones en las que en muchos casos se toman decisiones (sobre días de acción conjunta para detener o practicar diligencias de investigación en distintas partes de la UE o sobre cesión de jurisdicción, por citar algunos de los ejemplos más habituales) y en otros se intercambia documentación que quedará unida a autos (típicamente la copia de las actuaciones seguidas en los demás Estados en relación con los diversos integrantes de la organización delictiva cuyas ramificaciones se están investigando simultáneamente por las autoridades nacionales que acuden a la reunión de coordinación). Las decisiones tomadas en la reunión se documentarán con posterioridad en resoluciones judiciales en el correspondiente proceso penal español y en este sentido su problemática puede ser menor. Pero hay que destacar que el juez de instrucción, que puede haber alcanzado un compromiso con la autoridad del otro Estado miembro en relación con alguna de estas decisiones, queda con su imparcialidad en cierto modo comprometida para resolver un posterior recurso de reforma de la defensa frente a esa resolución, pues ésta, a la postre, lo que está es materializando el acuerdo adoptado con las autoridades de otros Estados. El intercambio de prueba documental es aún más problemático, entre otras cosas por la posible selección que de dicha documentación se haga durante la reunión (trámite de selección en el que la defensa no tendrá oportunidad de hacer alegaciones y las que haga con posterioridad, cuando sólo parte de los documentos estén unidos al proceso español, difícilmente podrán tener utilidad alguna). Especialmente difícil de conciliar con nuestra legislación es la ausencia de fedatario público que garantice la integridad y exactitud de la documentación que, entregada por las autoridades del otro Estado, resulta con posterioridad unida a autos. La presencia del letrado de la Administración de Justicia en las reuniones de coordinación de Eurojust nos parece una garantía insoslayable que no puede obviarse por más tiempo, al menos al no haber previsto en la Ley 16/2015 – que por otra parte no era LO- excepción al régimen general previsto en la LOPJ (art. 453 y 454 LOPJ), excepción que habría permitido que la integración de documentos en la causa se haga sin su intervención con ocasión de estas reuniones de coordinación en Eurojust. La ausencia de obligación de levantar acta de estas reuniones no favorece la confianza de la defensa en lo acordado durante las mismas. Nos parece ineludible que el legislador europeo afronte la obligatoriedad de estas actas, sus características, la posible grabación de las sesiones, su eficacia en los procesos nacionales. Hasta que esto tenga lugar, y especialmente ante el silencio del legislador español sobre estas cuestiones, parece razonable que la defensa cuestione si se han respetado los principios del juicio justo en este tipo de instrucciones.

Por último, que a estas reuniones de coordinación – que, recordemos, tendrán una eficacia procesal por el tipo de decisiones que se adoptan y por el intercambio de

información o de documentación que conlleven - no sea convocada la defensa cuando la instrucción no está declarada secreta, cuando sí acude la acusación pública (pues el fiscal siempre es convocado a la reunión junto con el juez de instrucción) puede afectar decididamente a la necesaria contradicción que debe regir también durante la instrucción procesal.

Un repaso a la jurisprudencia del TS evidencia la poca atención que las argumentaciones contenidas en los recursos de casación prestan a la intervención de Eurojust. Esto no sería preocupante si no viniera asociado (o no fuera consecuencia) del hecho de que habitualmente en el proceso penal español no se refleja que este órgano de la UE ha intervenido en un caso concreto. Es decir, mucho nos tememos que la ausencia de cuestionamiento del papel de Eurojust se deba, en gran medida, a que su intervención queda “oculta” para las partes personadas en el proceso penal. Reiteramos que la Ley 16/2015 no menciona en ninguno de sus artículos la existencia (ni exigencia) de actas que documenten las reuniones de Eurojust, ni si es obligatorio unirlas a autos, ni si deben quedar reservadas. Por tanto, reina en este punto la más absoluta discrecionalidad y, con ella, la correlativa inseguridad jurídica.

Hasta donde conocemos, sólo en una ocasión el TS alude a la intervención de Eurojust en una investigación penal. Se trata de la STS 4967/2010 en la que se hace referencia a que a través de la delegación española en Eurojust se remite un informe de la Fiscalía de Amsterdam relativo a los delitos por los que se acordaba la entrega de un reclamado a través de una OEDE.

Pero son las facultades del miembro nacional de España ante este órgano el aspecto sustancial que, en nuestra opinión, puede tener una importante repercusión en la licitud de la prueba con ocasión de la intervención de Eurojust. Junto a la facultad de realizar propuestas que el artículo 10 Ley 16/2015 le confiere, el miembro nacional tenía ya bajo la antigua Ley 16/2006 y tiene ahora con el artículo 9.6 Ley 16/2015 la facultad de corregir errores y realizar modificaciones en las solicitudes de auxilio judicial que reciba de nuestras autoridades. Literalmente, el último de estos preceptos dispone que “en relación con las solicitudes de auxilio judicial, el miembro nacional podrá corregir errores, dividir la solicitud entre las autoridades competentes y realizar cualesquiera otras modificaciones que resulten necesarias para su rápida y correcta tramitación”. Una posible interpretación de este precepto, en relación con el artículo 10 (que recordemos limita sus facultades a proponer) puede hacer pensar que se está refiriendo también el artículo 9.6 a una mera facultad de proposición, no de corrección o de modificación propiamente dicha. Pero no es esta la única interpretación posible, por los siguientes motivos:

- De haber querido el legislador que el miembro nacional español sólo propusiera la corrección de errores o la modificación podría, o bien haber incluido esta mención en el artículo 10 Ley 16/2015 o bien haber añadido la palabra “pedir” en el artículo 9.6 Ley 16/2015, como de hecho hace en el mismo artículo 9 epígrafe 2 (que se refiere a que en caso de ejecución parcial o inadecuada de una solicitud de cooperación judicial, el miembro nacional podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas complementarias a fin de dar cabal ejecución a la solicitud).
- Los errores tienen un tratamiento diferenciado en nuestro ordenamiento jurídico en otros aspectos. A título de ejemplo, la LOPJ permite en su artículo 267.3 que los errores materiales manifiestos y los aritméticos de las resoluciones judiciales se

rectifiquen en cualquier momento y sin embargo las aclaraciones (art. 267.2 LOPJ) y la subsanación de las omisiones (art. 267.5 y 267.6 LOPJ) están sujetas a un plazo y a un procedimiento determinado.

Para evitar que los preceptos mencionados (art. 9.6 y art.10 Ley 16/2015) entren en franca contradicción, la única interpretación que cabe es la siguiente: el miembro nacional puede corregir directamente los errores que aprecie en las solicitudes de auxilio judicial, así como dividir las y hacer cualquier otra modificación que resulte necesaria para su rápida y correcta tramitación (porque así se desprende del tenor literal del art. 9.6 Ley 16/2015) y sólo si cualquiera de estas actuaciones supusiera la expedición de una nueva solicitud o completarla con elementos nuevos sería preciso articular el cambio a través de una propuesta a la autoridad nacional competente (como exige el art. 10 Ley 16/2015).

Pero si partimos de esta interpretación – que por otra parte dudamos se acomode a la práctica - las facultades del miembro nacional *ex* art. 9.6 Ley 16/2015 entrarían de lleno en el ámbito de lo jurisdiccional. Especialmente porque el artículo no precisa qué tipo de errores puede corregir. ¿Son sólo errores materiales? ¿Puede tratarse de errores jurídicos, porque la autoridad judicial emisora invoque un convenio no vigente? Llegamos al punto final de nuestra argumentación sobre este particular: si la prueba se obtiene exitosamente en otro Estado miembro porque el miembro nacional ejerce la facultad de corregir los errores o realizar modificaciones en una solicitud de asistencia judicial internacional emitida por la autoridad judicial competente española puede plantearse -legítimamente en nuestra opinión- si se han vulnerado los preceptos constitucionales que configuran la jurisdicción como improrrogable. En el ejemplo que venimos exponiendo, de cambio de convenio invocado, entendemos que es un error de tal entidad que no puede ser corregido por el miembro nacional sin que eso suponga una auténtica injerencia en la actividad jurisdiccional; de modo que, de producirse, podría tener reflejo en la admisibilidad de la prueba así obtenida.

4.5 Formalidades y procedimientos de la legislación española

Si la investigación se lleva a cabo en España, si en nuestro país tiene lugar el enjuiciamiento, nos parece que es la legislación española la que debiera regir todos los actos procesales. Cada sistema procesal mantiene un delicado equilibrio entre la acusación y la defensa. Las posibilidades de una y de otra, en fase de instrucción y en fase de enjuiciamiento, varían notablemente de un Estado a otro. Así las cosas, la combinación de reglas procedentes de sistemas distintos es siempre un riesgo para esa balanza que, a la postre, hace justo el proceso. Por tanto, el mantenimiento de un único sistema procesal nos parece, en principio, algo claramente recomendable. Ya apuntamos esta misma idea con ocasión del somero estudio de la Fiscalía Europea. La ausencia de armonización, la combinación de sistemas procesales, la no exigencia de doble autorización judicial para recabar prueba transfronteriza y la flexibilidad en la elección de foro nos parecen un terreno abonado para que la prueba obtenida por el fiscal europeo pueda tacharse de ilícita en no pocas ocasiones.

En lo que ahora nos concierne, la prueba transfronteriza obtenida para el proceso español a instancia de la autoridad judicial española, abogamos porque se aplique, en sus aspectos esenciales, la legislación española incluso aunque se recabe la prueba en el extranjero. Ahora bien, el criterio que entendemos debe regir la actuación judicial española en la exigencia de formalidades y procedimientos de nuestra legislación en la obtención de prueba en el extranjero viene limitado a aquellos requisitos que estén

previstos en nuestras leyes y en nuestra jurisprudencia porque se considere que su inobservancia supone una injerencia indebida en los derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso penal. De este modo, igual que no toda infracción de ley conlleva la inadmisibilidad de la prueba obtenida en España, no toda inadecuación a la legislación española de la diligencia practicada en otro Estado puede tener como resultado que la prueba transnacional sea ilícita. Sólo cabe predicar esta consecuencia de aquella inadecuación que vulnere derechos fundamentales, en línea con lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ; eso sí, en la concreta extensión en la que estos derechos fundamentales vienen protegidos en nuestro sistema procesal, que es el que se aplicará en el enjuiciamiento de la conducta.

Imaginemos que resulta necesario obtener ADN de dos coimputados acusados de una misma agresión sexual. Entendemos que no está justificado que respecto a uno de ellos se apliquen las limitaciones recogidas en la jurisprudencia del TS para la obtención de la muestra en España y que, respecto a otro imputado, al estar en otro Estado, no rijan estas limitaciones porque el ordenamiento jurídico extranjero sea más permisivo. Esta interpretación desequilibra el proceso español en una forma que nos parece inadmisibile.

Seguimos en este punto a GASCÓN cuando sostiene que lo relevante es que la autoridad judicial española “tenga claras cuáles son las garantías realmente esenciales según el sistema español que condicionan la eficacia posterior de las pruebas, pero sin exageraciones ni hiperformalismos, en otros términos, qué mínimos han de haberse respetado en el extranjero para que el resultado de la investigación valga después como prueba en España”⁸⁹⁴.

La prevalencia de la *lex fori* a nuestro juicio se mantiene incluso en el supuesto extremo (e improbable en la práctica) de que la prueba se obtenga en el extranjero con vulneración de la legislación interna del Estado donde se practica la diligencia pero de conformidad con la legislación española. Imaginemos por ejemplo que las dispensas a declarar, que en nuestra LECrim se circunscriben en relación con los colaterales hasta el segundo grado civil (art. 416 LECrim) en otro Estado abarquen hasta el cuarto grado. Si el testigo no es advertido de esta dispensa por la autoridad requerida y, siendo pariente colateral en tercer grado, declara contra el investigado, no creemos que esta circunstancia de infracción de la *lex loci* convierta en ilícita la prueba en España. Consideraciones de diferente naturaleza, como el debido respeto a la soberanía estatal, hacen aconsejable que los requisitos de la *lex loci* se satisfagan también (como de hecho probablemente ocurra, porque las autoridades judiciales del otro Estado serán las primeras que velen porque así sea) pero no nos parece que, de lo contrario, la prueba se torne en ilícita o, al menos, no necesariamente.

5. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN CONCRETAS

Diferentes diligencias de investigación pueden solicitarse a través de variados mecanismos de cooperación penal internacional (comisiones rogatorias o instrumentos de reconocimiento mutuo). Sin ánimo de exhaustividad, lo que pretendemos a continuación es una aproximación a las distintas diligencias para destacar en cada una de ellas aquellos aspectos que, de no ser respetados durante la ejecución, pudieran dar lugar a la inadmisibilidad en España de la prueba obtenida en otro Estado. El fundamento de la exclusión será distinto en cada diligencia y descansará, dependiendo

⁸⁹⁴ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales”, cit, pág.1254.

de que el Estado sea o no signatario de la CEDH, en el propio convenio y en la jurisprudencia del TEDH⁸⁹⁵; si además es miembro de la UE, en la propia normativa de la Unión, y, en último caso, en la infracción de los requisitos o formalidades que ha debido especificar la autoridad judicial española al cursar la solicitud.

5.1 Diligencias de investigación con intervención del sujeto pasivo del proceso penal

Por sorprendente que pueda parecer, en algunos Estados, incluso de la UE, los investigados pueden declarar sin asistencia letrada cualquiera que sea el delito que se les impute. Puede no estar reconocido el derecho a que se le nombre de oficio. El derecho a no autoincriminarse no está previsto en los mismos términos en todos los Estados miembros. En esta misma línea, el consentimiento del imputado no se exige para las mismas diligencias ni se requiere en todo caso que se trate de un consentimiento informado, esto es, con asistencia de letrado. Este mosaico de situaciones tiene que trascender necesariamente a los mecanismos de cooperación judicial internacional que utilicen las autoridades españolas, dado que afecta de manera decisiva a los derechos del imputado en el proceso penal y a la admisibilidad de la prueba en la que ha intervenido. Veamos los diferentes supuestos por separado.

a) Derecho a ser informado de los hechos, a intérprete y a asistencia letrada

En relación con estos derechos, además de la jurisprudencia del TEDH que obligatoriamente habrá que tener en cuenta, tres son las directivas promulgadas ya en la UE que deben ser aplicadas, pues constituyen un estatuto mínimo de garantías para el imputado que todos los Estados miembros deberán respetar.

1) La Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales⁸⁹⁶ garantiza que desde el momento en que al sospechoso en un procedimiento penal se le comunique su condición, esté asistido de intérprete. Esta asistencia tendrá lugar durante el interrogatorio y también en las comunicaciones con su abogado. También comprende la traducción escrita de los documentos que se consideren esenciales para el ejercicio de su derecho a la defensa.

2) La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales⁸⁹⁷, comprende que sea informado de los derechos de que como sospechoso dispone, concretamente, del derecho a tener acceso a un abogado, a asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla, a ser informado de la acusación, a interpretación y traducción y a permanecer en silencio. En el caso de que esté detenido, a los anteriores se añadirá el derecho de acceso a los materiales del expediente, a informar a las autoridades consulares, a la atención médica urgente y a ser informado del plazo máximo de horas o de días que puede estar privado de libertad.

⁸⁹⁵ Sin perjuicio de que citaremos alguna sentencia del TEDH, excede con mucho del objetivo de esta investigación realizar un examen exhausto de la jurisprudencia del TEDH. Nos remitimos a las monografías que ya hay publicadas en esta materia y a la propia recopilación de pronunciamientos jurisprudenciales que lleva a cabo el tribunal y que se encuentra disponible en el enlace <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c>

⁸⁹⁶ DOUE L 280 de 26 de octubre de 2010.

⁸⁹⁷ DOUE L 142 de 1 de junio de 2012.

3) La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad⁸⁹⁸ se aplica a los sospechosos o acusados de haber cometido una infracción penal con independencia de que estén o no privados de libertad. Configura el derecho a ser asistido por letrado, en lo que ahora nos concierne – que es la obtención de prueba –, a partir de alguno de los siguientes momentos:

- Antes de ser interrogado por la policía o por autoridades judiciales.
- En el momento en que las autoridades realicen una actuación de investigación o de obtención de prueba que consista en una rueda de reconocimiento, un careo o una reconstrucción de hechos.

El contenido del derecho a asistencia letrada consistirá en:

- Que pueda entrevistarse en privado con el letrado, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía o por la autoridad judicial.
- Que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando le interroguen, cuando sea sometido a una rueda de reconocimiento, a un careo o a una reconstrucción de hechos.

Conviene tener presente, sin embargo, que este derecho es renunciable en las condiciones y modos establecidos en la directiva. Por tanto, en las solicitudes de cooperación judicial penal que emitan las autoridades judiciales españolas determinadas garantías esenciales del estatuto del imputado tendrán expresa cobertura por la normativa de la UE, pero no todas, como se desprende de una comparación entre estas directivas y el artículo 118 LECrim. Recordemos que en la legislación española el derecho a la asistencia letrada no es renunciable más que en un supuesto, por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico (art. 520.8 LECrim).

En consecuencia, en las solicitudes de cooperación penal internacional que tengan por objeto la toma de declaración del investigado o su participación en una rueda de reconocimiento, reconstrucción de hechos o careo, será necesario hacer no sólo referencia a las directivas señaladas y específicamente a la Directiva 2013/48, sino también a las singularidades de nuestra legislación procesal que fijan un umbral más alto de protección, como el carácter irrenunciable de este derecho salvo para los delitos contra la seguridad del tráfico. Consideramos que de no hacerlo la prueba obtenida puede ser tachada de ilícita en el proceso penal seguido en España.

En relación con los imputados menores de 18 años, la propuesta de directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales⁸⁹⁹ configura como irrenunciable la asistencia letrada en todos los supuestos previstos en la Directiva 2013/48, debiendo garantizar los Estados miembros que podrán disponer de asistencia jurídica gratuita. Recoge asimismo otras garantías que pueden incidir en la validez de la prueba que tenga como protagonista al menor sospechoso, como que su interrogatorio sea grabado por medios audiovisuales.

⁸⁹⁸ DOUE L 294 de 6 de noviembre de 2013.

⁸⁹⁹ Documento COM (2013) de 27 de noviembre de 2013.

En este sentido, dado que el artículo 118.3 LECrim obliga a designar abogado de oficio desde el momento que la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquellos, resulta claro que, para la toma de declaración y las demás diligencias mencionadas antes, es crucial este asesoramiento. Por tanto, habrá que invocar este precepto español dentro de las formalidades y procedimientos para que la autoridad del Estado de ejecución garantice que efectivamente el imputado estará asistido en ellas de abogado, incluso de oficio.

b) Derecho a no autoincriminarse

JIMÉNEZ-VILLAREJO ilustra con un ejemplo muy gráfico la dispar situación existente hoy día en la UE: dos imputados son acusados ambos de unos mismos cargos (haber introducido ilegalmente armas en la Unión). Uno se encuentra en Londres y otro en Berlín. Si el primero decide declarar, la ley inglesa le obliga a decir la verdad, perdiendo el privilegio de no declarar contra sí mismo o no declararse culpable. Por el contrario, en Berlín el imputado no está obligado a ser veraz y si declara puede inculpar falsamente al imputado en Londres⁹⁰⁰.

Lo que intentamos exponer en estas líneas mediante la cita del ejemplo con el que JIMÉNEZ-VILLAREJO ilustra su razonamiento es que si en este escenario la causa fuese instruida en España, en nuestra opinión es claro que resulta esencial que en la declaración de ambos imputados se respeten unos mismos derechos (los recogidos en la *lex fori*, es decir, en la legislación española en este caso). La comisión rogatoria cursada a Reino Unido y a Alemania por la autoridad judicial española así debiera requerirlo; lo mismo debería hacerse si, por estar ya vigente, se acudiese a la OEI. De otro modo la prueba obtenida difícilmente podrá ser admisible en nuestro proceso penal.

La presunción de inocencia se garantiza en el artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, con el mismo sentido y alcance que el artículo 6 CEDH. El TEDH sí ha reconocido este derecho como fundamental en varias resoluciones que han permitido perfilar el contenido de este derecho⁹⁰¹, sentando unos criterios que entendemos deberán ser tenidos en cuenta en el juicio de admisibilidad de la prueba transnacional que se reciba en España. Repárese, eso sí, en que hoy día no existe norma de la UE que desarrolle el derecho a no inculparse. Se encuentra todavía en trámite la propuesta de directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales⁹⁰². Esta propuesta sí dedica un artículo al derecho a no autoinculparse y a no cooperar. También otro al derecho a guardar silencio de los sospechosos o acusados cuando sean interrogados por las autoridades competentes en relación con la infracción penal de cuya comisión sean sospechosos o acusados, debiendo ser informados de este derecho con carácter inmediato. En ambos casos deberá garantizarse que el ejercicio de estos derechos no se use en su contra en una fase posterior del proceso y que no se considere una corroboración de los hechos. Finalmente, se sanciona con inadmisibilidad las

⁹⁰⁰ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa (ARANGÜENA FANEGO Coord.)*, Granada, 2011, pág.187.

⁹⁰¹ STEDH *Funke contra Francia* de 25 de febrero de 1993 (10828/84); STEDH *Murray contra Reino Unido* de 8 de febrero de 1996 (18731/91); STEDH *Saunders contra Reino Unido* de 17 de diciembre de 1996 (19187/91); STEDH *Heaney y McGuinness contra Irlanda* de 21 de diciembre de 2000 (34720/97); STEDH *Yaremenko contra Ucrania* de 12 de junio de 2008 (32092/02).

⁹⁰² Documento COM (2013) de 27 de noviembre de 2013.

pruebas que se obtengan con vulneración de estas previsiones, salvo si su uso no menoscaba la equidad global del proceso.

Sin perjuicio del debido respeto a la jurisprudencia del TEDH, entendemos que, mientras no sea promulgada esta propuesta de directiva de la UE sobre esta materia, resultará crucial que en la solicitud de asistencia internacional que cursen las autoridades judiciales españolas se haga constar el conjunto de derechos que asisten al investigado conforme a nuestra Constitución, garantizando así que su declaración se recabe en condiciones de admisibilidad en nuestro país.

En la jurisprudencia menor encontramos algún caso de sumo interés donde se evidencian las consecuencias para el proceso español de la manera diferente en la que, incluso autoridades judiciales de Estados de la UE, conciben el derecho a la defensa. Para ilustrarlo baste citar el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 12 de junio de 2015 al conocer de un recurso de súplica interpuesto por la fiscalía contra el auto dictado por la Sala el 22 de mayo de 2015 por el que se declaró nulo el auto de adecuación de las Diligencias Previas y que daba por finalizada la instrucción de la causa para iniciar la fase intermedia. El auto recurrido ordenaba retrotraer las actuaciones, devolviendo la causa al Juzgado de Instrucción, al entender que era nula la declaración del imputado practicada en fase de instrucción. El supuesto de hecho era el siguiente: el imputado en el procedimiento español se encontraba en situación de prisión provisional incomunicada en un centro penitenciario sueco. El juez instructor había puesto en conocimiento de las autoridades suecas que el imputado tenía derecho, antes y después de su declaración en calidad de imputado, a mantener una conversación privada con su abogado en condiciones y garantías de privacidad adecuadas. El hecho de que estuviera incomunicado en Suecia, sólo con acceso limitado al abogado – necesariamente de oficio – que se le designó, con el que no tuvo un encuentro presencial y sólo una conversación telefónica con ocasión de su declaración en Suecia como imputado hizo que la Sala tachara de nula esa declaración obtenida por cooperación internacional. La Sala considera que era imposible que la breve conversación mantenida por teléfono fuera suficiente para articular el derecho de defensa en una causa de importante complejidad. Durante la fase intermedia el imputado continuó incomunicado, no sólo respecto a terceros, también en relación con el abogado de oficio que le había sido designado en la causa española. El auto da cuenta de que esta incomunicación se mantuvo hasta fecha posterior al dictado del auto de apertura de juicio oral. Con posterioridad a esta resolución, el imputado es entregado por Suecia a España y sólo desde entonces el imputado está debidamente asistido de abogado en el proceso penal español (pues considera la Sala que el abogado de oficio que recurrió el auto de transformación de diligencias previas a procedimiento abreviado no había podido ejercer el derecho de defensa en toda plenitud, al no haber podido entrevistarse con él privada y reservadamente, con todas las garantías que le asistían). El auto cita las SSTEDH Lamy contra Bélgica de 30 de marzo de 1989 y Campbell y Fell contra Reino Unido de 28 de junio de 1984 al argumentar que el inculpaado y su abogado deben conocer desde el principio todos los datos de la causa penal en virtud de la cual aquél resulta imputado a fin de poder ejercer ambos de manera unitaria y eficaz el íntegro contenido del derecho de defensa, que incluye la entrevista privada cuando se encuentra el inculpaado privado de libertad. Al concluir que en Suecia no se respetaron estas garantías se declara nula la declaración de imputado prestada ante las autoridades de ese país.

Para finalizar con este apartado baste decir que estos derechos corresponden al investigado no sólo con ocasión de su declaración, su participación en una rueda de reconocimiento, un careo o una reconstrucción de hechos; también cada vez que su consentimiento sea necesario (por ejemplo para un registro domiciliario sin autorización judicial) o pueda condicionar la apreciación de una causa de denegación (como la declaración por videoconferencia, que veremos más adelante). Daremos por

reproducidas las consideraciones hechas en este epígrafe cuando tratemos las diligencias de investigación que requieren la participación o colaboración del investigado.

5.2 Declaraciones de testigos

El TS ha declarado en distintas ocasiones que no resulta admisible la declaración testifical realizada por quien podría haberse acogido a una dispensa a declarar sin advertirle de que gozaba de ese derecho.

A título de ejemplo, cabe citar entre las más recientes la STS 326/2015 de 2 de junio de 2015, que revoca una sentencia condenatoria por tráfico de drogas que se basaba en el testimonio de la pareja sentimental del acusado, concretamente señalando: “no fue advertida de algo tan elemental como su derecho a acogerse a la dispensa de la obligación de declarar que le asistía, según lo dispuesto en el artículo 416.1º LECrim, dada la naturaleza de su relación con Iván. Y, en fin, que el incumplimiento de esta previsión legal vicia de nulidad a la información probatoria de tal modo obtenida, según se sigue, además, de las SSTS 385/2007, de 10 de mayo y 101/2008, de 20 de febrero que con toda pertinencia se citan en apoyo del motivo, que, en consecuencia, debe estimarse”.

Aplicada esta doctrina a la asistencia legal mutua entendemos que no debe ser admisible el testimonio de quien declaró como testigo fuera de España - en ejecución de una solicitud de cooperación penal internacional emitida por nuestros tribunales – cuando no se le hizo esta advertencia de dispensa que amparaba que no declarase.

En función del tipo de dispensa de que se trate el fundamento para excluir este testimonio podemos encontrarlo en la jurisprudencia del TEDH, en normas de la UE o en derecho español (siendo en este último caso esencial que en la comisión rogatoria o en el instrumento de reconocimiento mutuo se detalle la extensión con que en nuestro derecho se contemplan estas dispensas).

Si se trata del privilegio de que gozan los abogados en relación con su cliente, al respecto hay ya un sólido cuerpo jurisprudencial del TEDH⁹⁰³. También de la normativa de la UE se desprende esta dispensa. La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad dispone en su artículo 4 que los Estados miembros respetarán la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados, en el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado previsto en la presente directiva y que dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional. Por tanto, consideramos que si en la solicitud de asistencia judicial internacional cursada por las autoridades judiciales españolas se desconociese que el testigo había actuado como abogado en relación con el imputado o acusado del proceso español y que en virtud de esa actuación hubiese tenido conocimiento de la información que se trata de recabar por auxilio judicial, las autoridades de otro Estado de la UE o de cualquier Estado que sea parte en el CEDH, al tener noticia de esta

⁹⁰³ Cfr. BARLETTA, A., “El legal privilege como derecho fundamental en la UE y sus límites: el caso de la normativa sobre blanqueo de capitales” en *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo* (DÍEZ-PICAZO, L/NIETO MARTÍN, A, dir.), Cizur Menor, 2010, pág. 443.

circunstancia, deberían informarle de la dispensa a declarar que le afecta. De no hacerlo, entendemos que su testimonio sería inadmisibile en España.

Idéntico razonamiento correspondería hacer en relación con la información de que conozca el intérprete por las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor, pues la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales dispone en su artículo 2.2 que deberá facilitarse un servicio de interpretación para la comunicación entre el sospechoso o acusado y su abogado en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales y el artículo 5.3 obliga a que los Estados miembros garantizarán que los intérpretes y traductores respeten el carácter confidencial inherente a los servicios de interpretación y traducción facilitados de conformidad con la presente directiva.

Otro caso que permitiría la inadmisibilidad del testimonio tomando como fundamento la jurisprudencia del TEDH es el testimonio del periodista respecto de la información que conoce por su actividad profesional, en los términos y con los límites en que viene entendida por el tribunal. Lógicamente, la emisión de la solicitud por parte de la autoridad judicial española, para que sea admisible, presupone que ésta desconoce que el testigo es periodista y que la información la conoce por su actividad profesional. De saberlo el artículo 20.1.d) CE le impediría cursar la solicitud internacional para recabar este dato sin advertirle de que puede ampararse en su secreto profesional para no declarar. Lo que planteamos ahora es un escenario en el que el hecho de que el testigo es periodista y que la información que se le solicita protegida por su profesión lo conoce la autoridad de ejecución y aun así practica la testifical, con todos los apercibimientos y sin advertirle de la dispensa que le afecta. Pues bien, en este caso, aplicando la jurisprudencia del TEDH, consideramos que este testimonio en determinadas condiciones- marcadas precisamente por la interpretación jurisprudencial- podría ser tachado de inadmisibile en nuestro derecho.

En la dispensa por parentesco encontramos una importante diversidad en derecho comparado, no sólo en lo relativo a la extensión de dispensa a colaterales, pues la disparidad puede incluir que no se reconozca dispensa alguna al que mantenga una relación análoga a la conyugal o incluso al que sea cónyuge. Ante este variopinto panorama para la validez del testimonio que se obtenga en el extranjero es esencial que por la autoridad judicial española que emite la solicitud de asistencia internacional se especifique cómo vienen reguladas estas dispensas en el artículo 416.1 LECrim, pidiéndose expresamente que el testigo sea informado de su derecho a no declarar si se encuentra incurso en alguno de esos supuestos. Previsiblemente la autoridad de ejecución de la OEI o de la comisión rogatoria no tendrá obstáculo en respetar estas dispensas en los términos en que vienen previstas en nuestra legislación pues, a fin de cuentas, el proceso penal se sigue en España y lo relevante es que el testimonio se recabe en condiciones que garanticen su admisibilidad en nuestro país, por mucho que el Estado de ejecución prevea un sistema diferente de dispensas.

El problema lo encontramos con ocasión del EEP. Recordemos que éste permite oír en declaración a aquellas personas que estén presentes durante la ejecución del exhorto, siempre que estén directamente relacionadas con éste, sin que exija que la autoridad del otro Estado miembro lo ponga en conocimiento previamente de la autoridad emisora española. La dificultad estriba aquí en cómo anticipar la necesidad de poner en

conocimiento de la autoridad de ejecución la petición de que haga estas advertencias del artículo 416 LECrim si la autoridad judicial española de emisión no sabrá, en la mayoría de los casos, qué personas estarán o no presentes durante la ejecución del exhorto. Incluirlas en todo caso en el certificado puede ser excesivo, pero si la autoridad de ejecución oye al testigo -que podría estar dispensado de declarar de conformidad con nuestra legislación - con ocasión de la ejecución del exhorto entendemos que tal declaración podría ser inadmisibile para el proceso penal español.

5.3 Diligencias de investigación con la víctima

Por su incidencia en la valoración de la prueba, no en su admisibilidad, consideramos de interés hacer una breve mención a la singularidad que supone que la prueba se obtenga con intervención de la víctima del delito. Para ello recordaremos que la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 4/2015 de 27 de abril, de Estatuto de la víctima del delito. A través de esta norma europea se consagran unos derechos de la víctima que pueden tener incidencia durante la obtención de prueba que se lleve a cabo con su participación. Nos referimos, por ejemplo, al derecho a ser asistida gratuitamente por un intérprete, que el artículo 9.1.a) Ley 4/2015 precisa que le corresponde tanto durante su toma de declaración en fase de instrucción como cuando declare como testigo en el juicio o en cualquier otra vista oral (considerando 34 Directiva 2012/29). También a que puedan adoptarse medidas para su protección durante la actividad probatoria (art. 25.2 Ley 4/2015 o art. 23.4 Directiva 2012/29 que contempla que se adopten medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación).

Por otra parte, en relación con las víctimas menores de edad, el artículo 24.1 a) Directiva 2012/29 parece establecer una regla de admisibilidad de su declaración si se presta en determinadas condiciones, pues estipula que “en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y *estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales*”. Sin embargo, este mismo precepto acaba remitiendo a las normas de derecho interno de cada Estado al decir que las normas procesales de las grabaciones audiovisuales mencionadas en la letra a) del párrafo primero y el uso de las mismas se determinarán en el derecho nacional. Así es como lo ha implementado la Ley 4/2015 en el artículo 26.1 a), que remite, en cuanto a la utilización como prueba se refiere, “a los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Pero lo que queremos poner de manifiesto ahora es que si en la solicitud de asistencia judicial que cursan las autoridades judiciales españolas a otras autoridades de otro Estado miembro se insta -como formalidades o procedimientos- el respeto a las previsiones contenidas en esta normativa europea, la participación del intérprete gratuito para su declaración, la grabación de la declaración o la utilización de medios que impidan que durante la videoconferencia la víctima vea al infractor deben ser respetadas por las autoridades de ejecución y que su inobservancia incidirá en la valoración de este testimonio.

5.4 Videoconferencia

El presupuesto de nuestro análisis es que, en los diferentes mecanismos jurídicos de auxilio judicial internacional, la videoconferencia aparece prevista en términos muy dispares, desde una minuciosa regulación -como puede ser el caso de la OEI- a la mera mención que encontramos en algunos convenios bilaterales, que dejan todas las posibilidades abiertas sobre cómo y respecto a quién puede utilizarse esta técnica. En ocasiones se prevé que se refiera sólo a testigos o peritos y en otras se permite que por esta vía se practiquen diligencias de investigación de cierta complejidad, como las ruedas de reconocimiento. Veamos algunos de los distintos supuestos por separado:

5.4.1 Declaraciones de acusados

Una primera cuestión hace referencia a si esta posibilidad de utilizar la videoconferencia se arbitra en relación sólo con investigados durante la fase de instrucción o también para acusados durante la fase de enjuiciamiento y en qué condiciones⁹⁰⁴. Nos centraremos, por tanto, en la primera decisión que tomaría el juez o tribunal, que la declaración del imputado o acusado se practique por videoconferencia. Nos parece que, por mucho que esté previsto en el instrumento de cooperación internacional que se acuda a esta técnica, la admisibilidad de esta diligencia vendrá condicionada a que se justifique debidamente las razones de proporcionalidad y necesidad que hacen imprescindible acudir a esta vía, porque así lo ha exigido la jurisprudencia del TS para casos nacionales similares.

Baste como ejemplo la STS 678/2005 de 16 de mayo, en el llamado caso Motín de Fontcalent, que exige este juicio de proporcionalidad, entendiendo que las razones de seguridad esgrimidas no son suficientes y que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado justificaría acudir a la técnica de la videoconferencia, que debe ser, por tanto, objeto de una interpretación restrictiva.

No obstante, este juicio de proporcionalidad y necesidad vendrá, en nuestra opinión, íntimamente vinculado al hecho mismo de que haya que acudir a mecanismos de cooperación judicial, en el sentido que pasamos a exponer:

1) Que el imputado o acusado esté en otro Estado es ya una primera característica que nos coloca en una cierta situación excepcional, aunque ciertamente no cabe caer en automatismos, pues no será lo mismo que esté en un Estado lejano -con el que no haya convenio de extradición o de asistencia judicial penal en materia penal - o que esté dentro de la UE.

2) Creemos también que en ocasiones la interpretación restrictiva debe valorar qué otras alternativas existen, por ejemplo, si es proporcional acordar la detención y entrega del acusado mediante el procedimiento de OEDE o de extradición – que previsiblemente supondrá en la práctica que sufra una privación de libertad de cierta duración – con la única finalidad de evitar que sea juzgado por un delito de menor gravedad por videoconferencia.

⁹⁰⁴ Recuerda BUJOSA que el artículo 120 del Proyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia penal sólo admitía que España solicitara la declaración por medio de videoconferencia o conferencia telefónica, tanto de testigos como de imputados, en fase de instrucción, teniendo en el plenario el valor que, con carácter general, se establece en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cfr. BUJOSA VADELL, L., “Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal”, *Diario La Ley*, número 5627, 2002.

3) Asimismo, si la alternativa es juzgarle en rebeldía, por estar dentro de los márgenes de pena que permite este tipo de enjuiciamiento, parece razonable entender que es preferible la videoconferencia.

4) Otra posible situación que haría aconsejable cierta flexibilidad en relación con imputados haría alusión a los casos en los que el Estado requerido de asistencia judicial no proporciona letrado de oficio para que intervenga en la declaración. Es el caso de EEUU, cuya autoridad central, en comunicación dirigida al Ministerio de Justicia, ha advertido que el Departamento de Justicia estadounidense no proporcionará asistencia letrada aunque se solicite expresamente en la comisión rogatoria. La Consejería de Justicia de España en Washington ha elaborado una guía con recomendaciones sobre las comisiones rogatorias que dirijan nuestras autoridades judiciales a las de EEUU en procedimientos penales⁹⁰⁵. El citado documento explica que el argumento de las autoridades norteamericanas es que la designación de abogado de oficio no está previsto en el instrumento bilateral que opera como base jurídica en la cooperación internacional entre ambos Estados, a lo que habría que unir la circunstancia de que el letrado o defensor norteamericano que en su caso podría actuar no conoce el concreto proceso ni la legalidad española aplicable. La recomendación de la Consejería es que sea el juzgado español el que designe al abogado de oficio que asista al encausado y que intervenga desde España, garantizando, entre otras cosas, que pueda entrevistarse de manera reservada y previa con su patrocinado en EEUU. Para que esta intervención sea efectiva no cabe sino que la declaración tenga lugar por videoconferencia, cuestión ésta, sin embargo, que no está prevista en el convenio bilateral con EEUU. En definitiva, la alternativa a la que se enfrentan las autoridades judiciales españolas que emitan comisiones rogatorias para la toma de declaración del imputado que se encuentre en EEUU es la siguiente: o hacerlo por la vía tradicional, en cuyo caso si no designa abogado particular el imputado declarará sin letrado, o hacerlo por videoconferencia, aunque no esté expresamente previsto en el convenio, de modo que el letrado se le designe de oficio desde España.

Precisamente lo expuesto enlaza una segunda cuestión clave en relación con la audición de imputados por videoconferencia: ¿debe designar el abogado la autoridad requirente – en este caso España – o debe designarlo la autoridad requerida? La práctica proporciona soluciones variadas, cada cual con ventajas e inconvenientes, sin que por tanto pueda alcanzarse una conclusión definitiva. En nuestra opinión, el abogado español siempre estará en mejores condiciones de prestar una efectiva asistencia al imputado, puesto que conoce el procedimiento específico en el curso del cual se acuerda la declaración del imputado y también la legalidad aplicable en nuestro país. No obstante, para que su asistencia técnica sea válida es imprescindible garantizar que pueda entrevistarse antes reservadamente con el imputado, bien por videoconferencia o por teléfono. Otra solución, que nos parece óptima salvo por el coste, es que el imputado esté asistido por dos letrados, uno en cada Estado, de modo que puedan velar conjuntamente por el respeto a los derechos de su defendido desde la perspectiva singular de la *lex loci* y de la *lex fori*.

Un problema práctico similar al de la designación de abogado nos lo encontramos en relación con la designación de intérprete, tanto para imputados como para testigos, pudiendo surgir la controversia de si corresponde aportarlo al Estado requirente, en este

⁹⁰⁵ Se encuentra disponible, en acceso restringido a autoridades judiciales, en la aplicación www.prontuario.org

caso a la autoridad judicial española, o la requerida. Conviene que este extremo, de importancia práctica y económica, tenga también presente si, por las condiciones de audición, es posible que el intérprete intervenga con todas las garantías incluso aun no estando físicamente junto al declarante.

En cuanto a los derechos que corresponden a los imputados que declaren por esta vía lógicamente no hay especificidades en relación con la declaración que hemos visto en el epígrafe 1, por lo que allí nos remitimos. En el mismo sentido, en lo que a dispensas de testigos se refiere. En ambos casos la autoridad judicial española requirente, que dirigirá el interrogatorio, podrá hacer expresamente valer estas garantías en los términos previstos en la legislación española.

5.4.2 Reconocimiento en rueda

Puede ser que la asistencia judicial solicitada por esta vía no se limite a la audición de testigos, peritos, víctimas o imputados, sino a otro tipo de diligencias, como el reconocimiento en rueda. A su vez nos parece que esta diligencia, si se practica por videoconferencia, puede ser en una doble modalidad:

- * que el imputado esté en el extranjero y se solicite la formación de la rueda por parte de la autoridad del otro Estado, de modo que la víctima desde España manifieste si reconoce o no al autor del hecho delictivo, o bien

- * que sea la víctima la que está en el otro Estado y la autoridad judicial española la que conforme la rueda para que, desde el extranjero, la víctima manifieste si lo reconoce o no. A esta segunda modalidad es a la que se refiere la STS 812/2015 de 17 de marzo de 2015 que no menciona propiamente el reconocimiento en rueda, pero sí la posibilidad de exhibir al testigo - que declara por videoconferencia - material fotográfico o de otro tipo y realizar preguntas sobre el mismo.

Concretamente la STS 17.03.2015 dice “Por el contrario, en alguno de los interrogatorios se produjo la exhibición de un vídeo a un testigo no presente en la sala de vistas - Julián -y no puede tampoco afirmarse diferencia alguna apreciable entre el tipo de interrogatorio dirigido a quienes declararon directamente y el formulado a los que lo hicieron desde Barcelona. Además -admitiendo como se admite la posible diferencia de calidad en la inmediación que propician uno y otro de los dos procedimientos considerados- tampoco debe perderse de vista que el tratamiento digital de todo el material probatorio disponible y las facilidades de aproximación y ampliación de la imagen que proporcionaban los medios técnicos de uso, habrían permitido en medida no desdeñable interrogar a los testigos acerca de la posible intervención de alguno de los acusados en las precisas acciones enjuiciadas que tuvieron que ver con ellos. (...) En efecto, *el sistema técnico empleado permitía, en general, la comunicación bidireccional y simultánea. Y, precisamente por ello, habría permitido también la exhibición de vídeos y fotografías con la máxima eficacia, ya que todo ese material estaba digitalizado, de modo que la exposición de las imágenes a los testigos podría haberse llevado a cabo en términos de gran calidad, de manera que habría hecho posible cualquier interrogatorio al respecto*”

Creemos que, en línea con lo expuesto en relación con la declaración del imputado, deberán valorarse las circunstancias concretas del caso y ver qué alternativas existen para decidir si, aunque el mecanismo de cooperación internacional lo ampare, procede o no admitir que la práctica de la prueba se realice en estas condiciones.

5.4.3 Comparecencia telefónica

En cuanto a la comparecencia telefónica, prevista en la D/OEI únicamente para testigos y peritos, difícilmente podremos valorar la admisibilidad de esta prueba en España cuando no se trata de una diligencia de investigación que venga recogida en nuestra LECrim y, por tanto, previsiblemente no será acogida por la autoridad judicial española como medio para oír al declarante. En nuestra opinión, al no ser una medida coercitiva (que exige siempre previsión legal) podría ser admisible. La posible dificultad para valorar este testimonio debe ponerse en relación con la alternativa de que dispone el instructor o el tribunal: si es posible la comparecencia personal o por videoconferencia sin duda sería deseable, pero si la única alternativa es no contar con el testimonio o contar con el testimonio escrito, creemos que al menos el teléfono algo más de información aporta: por ejemplo, si el testigo titubea, presenta un discurso dubitativo, lloroso, o firme y sin interrupciones. Son datos que puede aportar el teléfono y que desde luego no se conocen si se recibe por escrito la comisión.

5.5 Datos de ADN

Partiendo de la premisa de que los datos de ADN son datos personales de especial protección⁹⁰⁶, y que su obtención, conservación y tratamiento afectan a derechos fundamentales, la investigación y obtención de prueba transfronteriza consistente en obtener, transmitir y usar estos datos de ADN puede generar problemas de admisibilidad en el proceso penal español, ante la ausencia de armonización legislativa incluso a nivel de la UE. Se trataría de evitar que las garantías consagradas en la legislación y la jurisprudencia europeas y españolas, que son las que determinarán la admisibilidad de la prueba en nuestro país, se vean afectadas por la utilización de un dato de ADN que no ha respetado estos parámetros⁹⁰⁷.

Expongamos estos problemas. Para hacerlo distinguiremos dos fases: la obtención de muestras de ADN en otro Estado y el intercambio de los datos personales tras la solicitud de cooperación internacional que cursa la autoridad española al resultar una coincidencia en la consulta automatizada⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ Sobre el concepto de dato de ADN y su naturaleza jurídica, cfr. AGUILERA RUIZ, L., “La protección del dato de ADN en la Unión Europea y en España” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013, pág.28-32.

⁹⁰⁷ Coincidimos plenamente con la conclusión de SOLETO y ALCOCEBA relativa a que todo procesamiento y almacenaje de perfiles de ADN con vocación de integrarse en una base de datos internacional (o, añadiríamos nosotros, con vocación de intercambiarse al amparo de mecanismos automáticos como el principio de disponibilidad o con limitadas causas de denegación como los instrumentos de reconocimiento mutuo) debería llevarse a cabo respetando unas garantías comunes, cfr. SOLETO MUÑOZ, H. Y ALCOCEBA GIL, J., “Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013, pag.342.

⁹⁰⁸ CABEZUDO distingue tres fases: la obtención de ADN, la de análisis del perfil de ADN y el tratamiento del dato. Este enfoque, absolutamente clarificador, entendemos que no debe trasladarse al ámbito de la cooperación internacional, pues difícilmente podrá la autoridad judicial que recaba de la autoridad de otro Estado un dato de ADN estar en condiciones de requerir que en el análisis se sigan determinadas exigencias de carácter científico, por lo que esta segunda fase no incidiría en el ámbito que ahora nos ocupa (sin perjuicio de que, de cuestionarse la fiabilidad de la prueba obtenida, pueda ser objeto de contradicción el método utilizado, cuestión ésta que no afecta a la admisibilidad sino a la valoración de esa prueba en el caso concreto en el que la impugnación tiene lugar). Por otra parte, destaca la autora citada que la fase de análisis implica normas sobre la acreditación de los laboratorios, cualificación del personal y otras disposiciones sobre las que la UE ha promulgado normas vinculantes de algunos aspectos, por lo que, al menos parcialmente, esta área científico-técnico sí goza de cierta armonización.

5.5.1 Problemática en relación con la obtención de muestras de ADN

Las legislaciones internas pueden presentar discrepancias importantes en relación con los requisitos para obtener muestras de ADN del inculpado. Principalmente, sobre la necesidad de autorización judicial, los delitos en los que procede y los procedimientos para hacerlo (coercitivos o no). Estas discrepancias son las que pueden generar problemas de admisibilidad en el proceso español dependiendo de cómo haya sido obtenida la muestra en el extranjero. En la obtención de la muestra la distinción fundamental se basaría en que se trate de un vestigio que se encuentre en el lugar de la comisión del delito o que sea necesario obtenerla directamente del investigado.

5.5.1.1 Recogida de vestigios

En cooperación internacional puede resultar difícil imaginar un escenario en el que la petición de asistencia judicial consista en la obtención de vestigios que se encuentren en el lugar del hecho delictivo. Difícil pero no imposible, como la práctica nos ha demostrado en varias ocasiones.

Por ejemplo, ante un siniestro aéreo o marítimo puede haber autoridades de diferentes Estados investigando sus circunstancias (por el territorio donde el siniestro tiene lugar, por la nacionalidad de sus pasajeros o por la bandera de la propia nave) y en estos casos es frecuente que se cursen peticiones de asistencia internacional a la autoridad judicial del lugar donde ha tenido lugar el accidente con el objetivo de que se tomen muestras biológicas en el propio lugar del suceso que permitan la identificación completa de las víctimas extranjeras.

De conformidad con la legislación española, la recogida de vestigios en el lugar del delito puede ser acordada por la Policía Judicial, que deberá recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro para su puesta a disposición judicial (art. 282 LECrim) o acordada por el Juez de Instrucción, que ordenará que se adopten las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad (art. 326 LECrim).

Si la autoridad judicial española es la que emite la solicitud internacional para la incautación del vestigio entendemos que lo clave en estos casos es incluir, como procedimiento o formalidad, la exigencia de garantizar la cadena de custodia (sobre ésta incidiremos al tratar la incautación de objetos).

Desde la perspectiva de la cooperación internacional penal cabe que nos preguntemos si la recogida de muestras tendría cabida en el EEP, porque aunque excluya expresamente de su ámbito la obtención de ADN es discutible si se refiere sólo a cuando se extrae la muestra del sospechoso o si también abarcaría el vestigio - por ejemplo, sangre derramada en el lugar del delito- si no exige intervención directa sobre persona alguna. Pensamos en casos de vestigios en que sería posible incautar la muestra a través del EEP, pues se trata de un objeto existente, disponible y conocido para la autoridad de ejecución. En cualquier caso, desde el momento en que la pericia no tiene cabida en el exhorto, la muestra debería ser remitida al Estado de emisión, con lo que sin duda resta utilidad a hacerlo por esta vía frente a la comisión rogatoria tradicional. La OEI

Al respecto, cfr. CABEZUDO BAJO, M.J., “Fiabilidad y licitud de la prueba de ADN en la UE y en España” en *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito* (PÉREZ GIL coord.), Madrid, 2012, pág. 401.

permitirá ambas cosas: la incautación del vestigio y la prueba pericial necesaria para la obtención del ADN.

5.5.1.2 Toma de muestras del investigado

En el caso que la muestra biológica que permite extraer el ADN deba tomarse directamente del investigado nos encontraremos con dos situaciones posibles: que consienta o no en su obtención. Asimismo, será relevante jurídicamente si al prestar el consentimiento está asistido de abogado.

Para el caso del investigado que se encuentra detenido, la STS 4722/2014 de 11 de noviembre de 2014 entendió necesario en todo caso que un letrado asistiera al detenido en la prestación de este consentimiento para la obtención de una muestra biológica.

Concretamente esta STS dice: “por analogía con lo que sucede en el supuesto de los registros domiciliarios, el consentimiento del afectado detenido debe ser consentimiento asistido (por todas, SSTs 96/1999, de 21 de enero y 1962/2001, de 23 de octubre). En efecto, pues se trata de una garantía potencial del derecho de defensa en y frente al posible resultado de una diligencia de investigación, que, de ser incriminatorio, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio. Y en la perspectiva de la garantía del derecho a la intimidad domiciliaria, ya se ha dicho, importaría poco que la actuación fuera de la norma hubiese estado exclusivamente dirigida a un fin representativo de una mínima, incluso insignificante, afectación de aquel, dado que la previsión de tutela es incondicionada y no está sujeta a ninguna valoración de esa índole”. Cita también las sentencias de esa misma sala, n.º 685/2010, de 7 de julio y 827/2011, de 25 de octubre, en el sentido de “la exigencia de asistencia letrada para la obtención de muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesarios para la definición de su perfil genético” y el criterio acogido por el pleno no jurisdiccional, en acuerdo de 24 de septiembre de 2014: la toma de muestras para la práctica de la prueba del ADN con el consentimiento del imputado necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido.

En consecuencia, a nuestro juicio la autoridad española que acuda a los mecanismos de asistencia internacional para la obtención de una muestra biológica del sospechoso deberá indicar, como procedimiento para garantizar la validez de la prueba en España, que el detenido esté asistido de letrado si la obtención se hará con base en este consentimiento. Entendemos, asimismo, que el hecho de que no se le confiera ese derecho por parte de la autoridad requerida (especialmente en aquellos países donde la intervención del abogado genera un coste que el Estado asume sólo en casos excepcionales) puede conllevar la inadmisibilidad de esa prueba en España.

De hacerlo a través de la OEI consideramos que el Estado de ejecución deberá en todo caso cumplir con esta formalidad, pues no puede sostenerse que hacerlo sea contrario a los principios fundamentales de ningún Estado. Es más, puede considerarse que viene obligado a hacerlo, incluso aunque el juez emisor español no lo indique como procedimiento o formalidad, en aplicación de la Directiva 2013/48 que obliga a garantizar el derecho a asistencia letrada al sospechoso con carácter previo al interrogatorio, cuestión en la que puede entenderse incluida el interrogatorio sobre la prestación o no del consentimiento para la extracción.

En el caso de que el investigado no preste el consentimiento, la cuestión es si aun así puede obtenerse ese ADN supliendo éste. Y la duda es cómo se suple este consentimiento, si conforme al derecho interno del Estado requirente o de emisión o el derecho del requerido o de ejecución, o si conforme a ambos. En España, como es

sabido, se requiere autorización judicial para estos supuestos en los que el investigado no consiente. Al respecto, la Disposición Adicional Tercera LO 10/2007 señala que la obtención de muestras biológicas que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECrim. Por su parte, el artículo 363 LECrim exige autorización del Juez de Instrucción mediante auto motivado que deberá dictarse sólo cuando concurran acreditadas razones que lo justifiquen. Sobre el cómo se obtendrá el ADN, el mismo precepto señala que será el juez el que decidirá la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En consecuencia, al emitir una comisión rogatoria para la obtención de ADN consideramos que debe haber en todo caso un auto motivado del Juez de Instrucción que justifique la legalidad de la medida incluso aunque el investigado no consienta. Por eso no parece razonable que emita este tipo de peticiones la fiscalía, pues aunque pudiera hacerlo si el investigado consiente, al no ser previsible que esta circunstancia se conozca con anterioridad, en el caso de que este consentimiento no se preste sería necesario que el Juez de Instrucción español ponderase la conveniencia de suplirlo. Que lo haga la autoridad requerida o de ejecución no es suficiente a tales efectos, pues se estaría propiciando que la fiscalía obtenga en el extranjero una prueba que no estaría autorizada a obtener en España -por sí misma -si el investigado se encontrara en nuestro país.

Cumplido el requisito de autorización judicial en España, entendemos que el dato sería admisible aunque en el Estado requerido o de ejecución no sea necesaria la autorización judicial y pueda acceder a la solicitud la propia fiscalía, incluso aunque implique coerción. Y lo consideramos así porque para el proceso español será relevante que el control de la proporcionalidad, legalidad, necesidad y utilidad de la medida coercitiva haya sido efectuado por el Juez de Instrucción que conoce de la investigación en España, protegiéndose con ello suficientemente sus garantías, a las que se añadirán las que deban cumplirse en el territorio de ejecución de la medida, que no tiene por qué coincidir con las españolas. Por tanto, consideramos que la admisibilidad se garantiza con base en el doble respeto a las legislaciones, *fori y loci*, aunque sean diferentes.

Incluso podemos encontrarnos con otro problema más. Que exista autorización judicial no tiene por qué ser equivalente a que se adopten medidas coercitivas sobre el investigado, materia sobre la que la doctrina ha discutido extensamente⁹⁰⁹. El actual artículo 520.6 LECrim parece haber resuelto la polémica en el sentido de considerar posible la coerción mediante frotis bucal al disponer que, si el detenido se opusiera, “el juez de instrucción a instancia de la policía judicial o del fiscal podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”. En línea con lo que venimos sosteniendo en este capítulo, entendemos que estas observaciones deberán recogerse en la comisión rogatoria para que los términos de la coerción en el otro Estado sean respetuosos con los admitidos en nuestra legislación.

⁹⁰⁹ Por todos, cfr. DE HOYOS SANCHO, M., Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013, pág.85-89.

Al hilo de todo lo anterior, aunque no incida directamente en la admisibilidad, consideramos que merece un tratamiento específico la novedad introducida en el Código Penal con ocasión de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo. Como consecuencia accesorio, el artículo 129 bis prevé la toma de muestras biológicas de condenados y la realización de su análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial, análisis que sólo permitirá obtener identificadores que informen sobre el sexo y la identidad de la persona. El mismo precepto delimita los delitos con ocasión de los cuales podrá imponerse esta consecuencia accesorio -delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas-; las condiciones que deben concurrir -cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva-; y el modo en que puede llevarse a cabo la toma de muestras -previniéndose que si el afectado se opusiera, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad-. Se trae a colación esta novedad⁹¹⁰ porque puede suceder que resulte necesario acudir a mecanismos de cooperación judicial internacional para que las autoridades de otro Estado asistan a las españolas para esta obtención.

Sería el caso, por ejemplo, si el condenado en firme es hallado en otro Estado miembro y solicite cumplir en ese país la pena privativa de libertad; si la sentencia firme de condena contuviera también esta consecuencia accesorio el juez o tribunal español deberá recabar de las autoridades de otro Estado la obtención y análisis de la muestra de ADN.

Consideramos que en este supuesto deberá el juez español especificar la finalidad de la obtención, que no es la investigación de ningún hecho delictivo, sino la ejecución de un pronunciamiento accesorio recogido en la sentencia firme de condena. Esta finalidad condicionará el uso del instrumento de cooperación judicial internacional, pues consideramos que no es posible solicitar esta diligencia a través de la OEI al no encontrarnos ante la investigación de un hecho delictivo. Creemos, eso sí, que pudiera tener cabida en otros instrumentos de reconocimiento mutuo propios de la ejecución de sentencias, como el de libertad vigilada regulado en el título IV LRM.

5.5.2 Problemática relativa a la cooperación internacional que se cursa tras el resultado positivo en la consulta automatizada

La consulta del índice de ficheros en la base de datos de ADN puede arrojar un resultado positivo. Como ese resultado no facilita la identidad del sospechoso, que es lo que interesa al proceso penal español, podría ser necesario acudir a los mecanismos de asistencia internacional para recabar la filiación y demás circunstancias del portador de ese ADN. Pero los problemas de admisibilidad para el proceso español no vendrán tanto por el mecanismo de cooperación utilizado para obtener la filiación, sino por las

⁹¹⁰ Sobre el artículo 129 bis del Código Penal cfr. ANCÓN ORTEGO, I., “La inscripción de perfiles de ADN de condenados” en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/inscripcion-perfiles-ADN-condenados_11_816805002.html Destaca este autor que en muchos casos los condenados por delitos de explotación sexual o abuso sexual no estarán registrados en la base de datos de ADN, porque la condena se ha fundamentado en otras pruebas. De ahí que para cumplir con las exigencias del Convenio de Lanzarote fuera necesario llevar a cabo esta reforma del Código Penal. Compartimos la opinión de que la misma debería haber venido acompañada de una reforma de la LO 10/2007 y que desde luego es imprescindible la coordinación entre la base de datos policial de ADN y el Registro Central de Penados a fin de garantizar la cancelación de los datos con ocasión de la cancelación de los antecedentes penales.

circunstancias en las que accedió o se mantiene ese concreto dato de ADN en la base de datos.

5.5.2.1 Limitaciones basadas en cómo se obtuvo el dato de ADN

Nuestro razonamiento en este punto va en el sentido de lo ya expuesto con anterioridad: si el resultado positivo tiene su origen en una muestra de ADN tomada en el otro Estado contra la voluntad del investigado, sin asistencia letrada al consentirlo o sin autorización judicial, el resultado positivo que arroja la base de datos no debería ser tenido en cuenta en el proceso español porque ese dato, a efectos de nuestra legislación, se obtuvo de manera ilícita. Por esto nos parece imprescindible (aunque ciertamente utópico hoy día) que se averigüen las concretas circunstancias con las que se obtuvo ese ADN del investigado. Si no se satisfacen las garantías exigidas por la legislación española, entendemos que no debería cursarse la petición de asistencia internacional para obtener la identidad del sospechoso. O, de otro modo, de demostrarse en juicio que las circunstancias en que se obtuvo el ADN antes de acceder a la base de datos fueron contrarias a los criterios legales y jurisprudenciales españoles, esa prueba debe no ser admitida o valorada en el plenario. Piénsese que, de lo contrario, bastaría con que un Estado de la UE fuera laxo en garantías en la obtención de ADN para que cualquier investigado cuyos datos tenga ese Estado pueda verse perjudicado por su uso indiscriminado en los procesos penales que se puedan seguir en otros Estados miembros como consecuencia del resultado positivo que proporciona la base de datos.

Particular incidencia tiene aquí el hecho de que algunas legislaciones nacionales limiten esta diligencia de investigación a un elenco o categoría de delitos. Tiene incidencia a los efectos que nos ocupan porque este es precisamente el caso español: nuestra LO 10/2007 expresamente limita la obtención de ADN a la persecución de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada [art. 3 a)]. El problema de admisibilidad sería el siguiente: si tras la consulta automatizada a través del índice del fichero el resultado de la comparación es positivo, la autoridad judicial española podría emitir una solicitud internacional para que se facilitara la identidad del investigado. Pero si la muestra de ADN se obtuvo en el otro Estado por un delito de los que no permitiría su obtención en España, en puridad el dato no debiera acceder al proceso español. Parece más respetuoso con nuestra legislación que la autoridad española requirente solicite a las autoridades del otro Estado información sobre el delito que motivó la obtención de ADN, pues sólo de encajar en los supuestos admitidos en España sería coherente que se facilite la identidad de la persona a quien corresponde ese ADN.

5.5.2.2 Limitaciones relativas a la conservación/cancelación de esta información en las bases de datos

También con ocasión del resultado positivo tras una consulta automatizada del índice del fichero de datos de ADN vemos problemas en la utilización en España de esta información si el dato en cuestión debería haber sido cancelado, conforme a nuestra legislación interna o conforme a los parámetros fijados en la jurisprudencia del TEDH. SARRIÓN recuerda que no existe un criterio común para cancelar los datos de ADN en las distintas bases policiales de los Estados miembros participantes en el intercambio

transfronterizo y entiende que sería muy conveniente la armonización en este punto⁹¹¹, opinión que compartimos.

En lo que respecta a España, el artículo 9 LO 10/2007 regula la cancelación, rectificación y acceso a los datos. Se ordena la cancelación cuando el dato no pueda ser conservado por más tiempo, siendo estos plazos distintos según el supuesto de que se trate. Puede depender del tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito, o para la cancelación de antecedentes penales si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario; puede ser el momento en que conste al encargado del registro el fallecimiento o cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas, una vez que sean firmes dichas resoluciones. Asimismo, en los supuestos en que en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.

En consecuencia, entendemos que la autoridad judicial española no debería emitir la petición de asistencia judicial internacional para la identificación del investigado a través del dato de ADN sin previa comprobación de que el dato en cuestión está conservado en la base de datos del otro Estado miembro en la extensión admitida en la legislación española. O, de emitirse, si al recibir la información se constata o acredita que el dato debería haber estado cancelado en la base -al tiempo de arrojar el resultado positivo de coincidencia - la prueba debería ser excluida. Sostener lo contrario – que el dato sí puede obtenerse en el proceso español a pesar de que, si estuviera en España, debería haberse cancelado – produce una injustificada desprotección del dato personal por el solo hecho de que su conservación tiene lugar en otro Estado miembro. En esta consideración debe tenerse en cuenta que ya existe algún pronunciamiento del TEDH que obliga a acomodar a unos mínimos la conservación de los datos de ADN (*STEDH S y Marper contra Reino Unido*, de 4-12-2008⁹¹² donde se establece claramente que la conservación indefinida de datos de ADN supone una vulneración del derecho fundamental del art. 8 CEDH).

5.6 Diligencias periciales

La problemática de las diligencias periciales practicadas en otro Estado puede venir dada por la necesidad de salvaguardar el principio de contradicción. La posibilidad de someter a contradicción el resultado de la pericia está en el fundamento mismo de esta prueba. Esto, que parece indiscutible en las causas nacionales, es sin embargo dispensado en la jurisprudencia del TS cuando se trata de diligencias periciales practicadas en el extranjero.

⁹¹¹ Cfr. SARRIÓN ESTEVE, J., “La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de ADN en la Unión Europea” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013, pág. 320.

⁹¹² Cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013, págs.105-116 y cfr. ZAVALA, J., “La utilización y la transferencia internacional de datos de ADN: el nivel de protección en el Consejo de Europa y la Unión Europea” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013, pág.392-395.

Es el caso de la STS 737/2009 de 6 de julio donde la defensa del procesado alegaba la quiebra de su derecho a la prueba, fundamentalmente por la limitación de las posibilidades de contradicción, toda vez que el dictamen pericial referido a la composición cuantitativa y cualitativa de la droga había sido practicado en Francia y las autoridades de este país no habían respondido positivamente a la citación para juicio de los facultativos que practicaron el análisis. La sentencia dispone en su FJ 7º: " el cuarto motivo, por igual cauce que el anterior, denuncia sustracción a las defensas de la posibilidad de contradecir en el Plenario prueba pericial toxicológica efectuada sobre la cocaína ocupada (...). La línea defensiva, partiendo del hecho reconocido de que los responsables del laboratorio francés donde se analizan la cocaína no acudieron al llamamiento judicial para asistir al Plenario, lo que supuso la imposibilidad de contradecir tal informe, concluye que ello vulneró sus derechos al proceso debido, ya que de un lado constaba la impugnación del informe temporáneamente, ante la incomparecencia se efectuaron las protestas correspondientes, y, finalmente, la lectura del informe acordada por el Tribunal sentenciador, contravenía, de un lado la previsión del artículo 788-2º en relación con el art. 730 de la LECrim, al tratarse de un Sumario Ordinario, y de otro se apartaba del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 25 de Mayo de 2005 . Se concluye afirmando que en todo caso podría haberse utilizado el sistema de la videoconferencia que permite el art. 10 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los países de la Unión Europea --BOE de 28 de Octubre de 2005, fecha definitiva entrada en vigor--. Hay que partir del principio fundamental de que espacio de libertad, seguridad y justicia que es la Unión Europea, exige como consecuencia el principio de libre circulación de pruebas en el proceso penal --en tal sentido STS 1345/2005 de 14 de Octubre --. (...) Consta en el Rollo de la Audiencia la actividad desplegada por el Tribunal para conseguir la presencia del responsable de la analítica de drogas, (...) y en tal sentido se envió la oportuna Comisión Rogatoria --folios 1959 y siguientes, Rollo de la Audiencia, Tomo V--, y asimismo consta la respuesta negativa. Incluso consta la carta dirigida por el director citado al Presidente de la Audiencia Nacional justificando su incomparecencia. El Tribunal hizo cuanto estaba en su mano para conseguir la presencia en el Plenario de la persona concernida, sin que la incomparecencia pudiera justificar la adopción de alguna medida, toda vez que se trató de funcionario público no sometido a la jurisdicción del Tribunal".

En nuestra opinión, que las autoridades de un determinado Estado no se presten a colaborar con el tribunal español de enjuiciamiento, impidiendo que los peritos declaren en el plenario, no puede tener como consecuencia que la prueba sea admisible sin someterla a contradicción cuando ha existido una impugnación razonada y concreta de esa pericial. Consideramos que es aconsejable que, de practicarse diligencias periciales en el extranjero en virtud de comisiones rogatorias o de una OEI, se especifique como formalidad o procedimiento esencial una serie de extremos, como la propia condición del perito, pero sobre todo el requisito de que esté disponible para el enjuiciamiento en caso de que la pericial fuera impugnada. El TS ha apuntado esta posibilidad en alguna ocasión, como en relación con los agentes encubiertos, que pasamos a examinar a continuación.

5.7 Agentes encubiertos

La técnica de las investigaciones encubiertas es sin duda de mucha utilidad en relación con la investigación de las formas graves de delincuencia transfronteriza pero también es una de las que más problemas pueden plantear con ocasión de la obtención de prueba transnacional. Como es sabido, esta técnica viene regulada en el artículo 282 bis LECrim, que no establece especialidad alguna en el caso de que concurra algún elemento transnacional para la obtención de prueba por esta vía. En síntesis, las características generales de esta regulación se podrían resumir como sigue:

- Sólo cabe acudir a las investigaciones encubiertas cuando se trate de delincuencia organizada (entendido este término con las características y en relación con el listado de delitos que facilita el propio artículo⁹¹³).
- La autorización puede concederla el Ministerio Fiscal pero dando inmediatamente cuenta al Juez.
- Sólo podrán autorizarse como agentes encubiertos funcionarios de Policía Judicial, pudiendo hacerlo bajo identidad supuesta, incluso cuando testifiquen en el proceso siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, sin perjuicio de que en la resolución judicial autorizante conste el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.
- El agente encubierto tiene una obligación de información periódica a la autoridad autorizante.
- Sólo podrá realizar -sin autorización expresa -una serie de actuaciones: adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos del delito, o diferir la incautación de los mismos.
- El encubierto necesitará autorización judicial para todo aquello que afecte a derechos fundamentales. Específicamente, el juez podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.
- Por otra parte, la reforma de la LECrim operada por la LO 13/2015 introduce en nuestro derecho la regulación del “agente encubierto informático” mediante la introducción del apartado 6 del artículo 282 bis. Este agente necesitará autorización específica para intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

⁹¹³ Por tanto, no hay una remisión al artículo 570 bis del Código Penal sino a la definición que a estos efectos proporciona el propio artículo 282 bis LECrim, que exige tres o más personas en relación sólo con las siguientes figuras delictivas:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Desde la perspectiva de la cooperación internacional, y partiendo siempre de que el proceso sea español y para el mismo se recabe la prueba, podemos diferenciar dos supuestos de investigaciones encubiertas. El primero seguiría el esquema ordinario que venimos desarrollando respecto de otras técnicas, a saber: la autoridad judicial española emite una comisión rogatoria o una OEI con la finalidad de que la autoridad judicial de otro Estado autorice que, en su territorio, un agente policial español actúe como encubierto. El segundo sería aquel caso en el que la actividad investigadora se lleva a cabo en territorio español donde se autoriza que un agente policial extranjero se infiltre en la organización delictiva que opera en España. Las razones para acudir a esta novedosa segunda modalidad pueden ser de distinto tipo, pero probablemente tengan que ver con el hecho de que se está desarrollando una investigación también en el otro Estado en relación con la misma organización y que, dada la nacionalidad de los integrantes del grupo organizado, sólo un agente de nacionalidad extranjera es susceptible de infiltrarse de manera exitosa en el grupo. Analicemos la problemática de cada una de estas modalidades por separado.

5.7.1 Agente español que actúa como encubierto en el extranjero

La primera cuestión que podemos plantear es si cabe que el Ministerio Fiscal, en el seno de unas diligencias de investigación, emita una comisión rogatoria o una OEI que contenga esta medida. En nuestra opinión la dicción literal del artículo 282 bis LECrim, que permite la autorización por parte del fiscal pero dando cuenta inmediata al juez, exige remitir las diligencias de investigación al correspondiente juzgado de instrucción (porque eso es lo que en definitiva supone dar cuenta inmediata al juez) con lo que las diligencias de investigación se deberán concluir (art. 773.2 LECrim). No parece, por tanto, que resulte procedente que emita la petición internacional de asistencia el fiscal. Si lo hiciera creemos que deberá hacerse constar esta circunstancia (la obligación del fiscal español autorizante de dar cuenta inmediata al Juez de Instrucción) de modo que la autoridad judicial del otro Estado conozca los límites que presenta la autorización del encubierto que se contiene en la petición de auxilio judicial internacional. Lo que no nos parece acorde a la literalidad de la LECrim es que sea el fiscal el que autorice al encubierto y, al albur de que se ejecuta la efectiva infiltración en otro Estado, se obvie la remisión de las actuaciones al juez de instrucción, en definitiva, se soslaye la obligación de dar cuenta al juez tras la autorización.

Un segundo aspecto a tener en cuenta en estas comisiones rogatorias hace referencia al elenco de facultades que tendrá el encubierto durante su actuación en el territorio del otro Estado. Al respecto nos parece que, cualquiera que sea la previsión de la *lex loci*, el agente español no podrá realizar -sin recabar autorización expresa- actuaciones que vayan más allá de lo previsto en el artículo 282 bis LECrim, esto es, adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos del delito o diferir la incautación de los mismos.

Por otra parte, en relación con el régimen de autorización de las actuaciones que el encubierto lleve a cabo que puedan afectar a derechos fundamentales nos parece que, sin perjuicio de contar con la autorización de la autoridad de ejecución que corresponda según la *lex loci*, resulta crucial que se obtenga también (y con carácter previo) la autorización judicial española.

5.7.2 Agente policial extranjero que actúa como encubierto en España

En esta segunda modalidad la cuestión que se plantea es si es necesario un mecanismo de cooperación judicial internacional como requisito previo a la autorización de que un agente extranjero se infiltre en España. Nos parece que, salvo que estemos en el seno de un ECI, donde por definición no son necesarios, en los demás casos la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa. La literalidad del artículo 282 bis LECrim exige que en todo caso el encubierto sea un integrante de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles. La cooperación internacional se erige entonces el único modo de hacer aplicable la normativa de asistencia jurídica internacional que permitiría que actuase como infiltrado un agente policial extranjero.

Ahora bien, desde el momento en que el encubierto extranjero actúa en España es necesario garantizar que se cumplen los requisitos de nuestra legislación, por ejemplo:

- El encubierto deberá estar disponible para la fase de juicio oral. Algunos Estados, como Francia, no tienen previsto en su legislación que los agentes infiltrados puedan intervenir declarando en el plenario; incluso la legislación de algunos Estados prohíben esta posibilidad expresamente. Es en este punto donde encontramos que quiebra (a nuestro juicio acertadamente) la doctrina consolidada del TS en materia de admisibilidad de la prueba conforme únicamente a la *lex loci*, dando entrada a la *lex fori*. Nos referimos a la STS 2114/2014 de 13 de mayo que en el caso de un agente encubierto francés que actuó en España reprocha que no se hayan aportado la totalidad de las informaciones ni haya comparecido el agente a declarar en la fase de juicio oral.

Esta STS 2114/14 señala (la cursiva es nuestra): “Nos encontramos, en consecuencia, ante una actuación de investigación en la que se emplea una herramienta, la de los agentes encubiertos, que en su inicio fue correctamente realizada, en cuanto se refiere a una organización que se dedicaba a una actividad delictiva para la que la Ley y se autoriza la utilización de esta herramienta. Su resultancia no ha sido incorporada a la causa en los términos previstos por la ley, pues los agentes encubiertos ni han dado cuenta de sus informaciones a la autoridad que los nombra, ni la información obtenida ha sido aportada a la causa en su integridad. Esa inactividad en la aportación al proceso de la información obtenida la convierte en irregular.

La actuación de los agentes encubiertos y su investigación no puede servir de base probatoria sobre los hechos pues éstos no han comunicado íntegramente el resultado de su investigación. El agente encubierto no sólo es un agente policial, de policía judicial. Precisamente por la autorización que se comunica para actuar en el seno de una organización que se investiga, incluso en actuaciones que pueden suponer, de no mediar la autorización judicial, hechos delictivos, impone unas especiales exigencias de lealtad al proceso que en la ley procesal se traduce en la exigencia de la aportación íntegra de las investigaciones realizadas. Esa sujeción especial incorpora un "plus" de lealtad al proceso que en el caso enjuiciado no se ha producido al no comparecer a las citaciones de testifical realizados desde el órgano judicial del enjuiciamiento

Ciertamente, en algunos supuestos hemos atendido a la respectiva normativa estatal de los países de los que son originarios los agentes policiales, pues no en vano un ordenamiento común supranacional cobija las distintas actuaciones y previsiones legislativas de los países bajo ese ordenamiento común, pero *esa situación procesal no desvanece las especiales exigencias que la específica normativa prevé sobre los agentes encubiertos. La autorización especial previstas en la ley tiene como lógica contrapartida la de comparecer en el proceso para explicar y aportar, en su integridad, la investigación realizada, entre otras razones para discutir la denuncia de las defensas sobre la provocación al delito.* En el caso, el tribunal de instancia

ofreció modalidades en el testimonio, como el empleo de la videoconferencia, que no quisieron emplear. El resultado es que la aportación íntegra de las investigaciones al proceso no se ha realizado por los agentes encubiertos”.

La importancia de que el agente encubierto declare en el plenario es puesta de manifiesto en otras SSTs, como la STS 3742/2012 de 7 de mayo relativa a un agente encubierto chileno que ha sido autorizado en su país y que se traslada a España, donde su actuación también es autorizada por la autoridad judicial española y la STS 6822/2012 de 22 de octubre, que destaca la relevancia de la declaración en el plenario del agente encubierto americano (DEA) que actuó en España.

- En el mismo orden de cosas, la legislación del Estado del que el encubierto es agente de Policía Judicial puede exigir que se respeten determinadas condiciones, como que se mantenga en todo momento en secreto haber utilizado esta técnica. Entendemos que una condición de esta naturaleza difícilmente podría respetarse por el juez español autorizante al entender que impediría la satisfacción de los requisitos del juicio justo. Otra cuestión, como que la identidad verdadera del agente se mantenga en todo caso en secreto, puede merecer mayor flexibilidad, acudiendo a la normativa de testigos protegidos, de modo que únicamente se conozca el número de identificación del agente, pero no su completa y auténtica filiación. Consideramos que en este supuesto puede acudirse a los mínimos establecidos por la jurisprudencia del TEDH, que ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas sentencias sobre la admisibilidad de esta técnica de las investigaciones encubiertas, estableciendo al respecto que el mantenimiento del anonimato del agente infiltrado durante la fase de enjuiciamiento exige una ponderación de los intereses en juego (tales como la seguridad nacional, o la necesaria protección al testigo) y los derechos del imputado⁹¹⁴.

En relación con la OEI, que expresamente prevé la posibilidad de que se acuda a esta técnica de investigación, nos parece relevante que se garantice que el acuerdo a que lleguen las autoridades judiciales implicadas en la emisión y ejecución de una orden con esta técnica al amparo del artículo 29.4 D/OEI se documente y conste en autos. Sólo así podrá la defensa cuestionar si se ajustó a la legalidad el régimen jurídico con que se dotó al encubierto para su actuación tendente a recabar prueba para el proceso penal español.

5.8 Incautación de objetos

El presupuesto para que los objetos incautados puedan ser valorados como prueba en el juicio oral viene constituido por la certeza de que las piezas de convicción que llegan al enjuiciamiento son las mismas que las intervenidas durante la investigación. Lo decisivo, por tanto, es que se respete la *cadena de custodia*, concepto éste sobradamente definido doctrinal y jurisprudencialmente.

Sobre este concepto baste citar, por todas, la STS 1365/2014 de 4 de abril de 2014: “Se viene entendiendo por la doctrina como “cadena de custodia” el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben

⁹¹⁴ Cfr. GARCIANADÍA GONZÁLEZ, P., “Derecho al interrogatorio de testigos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un examen a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo” en *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en materia procesal* (coord. CALDERÓN CUADRADO/IGLESIAS BUHIGUES), Cizur Menor, 2009, pág.345-346.

cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba.

Esta Sala tiene establecido que la integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo (...).

También se tiene dicho que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción intervenido; se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna (STS 1072/2012, de 11-12)".

La doctrina del TS atribuye a la cadena de custodia un mero carácter instrumental, al servicio de que se preserve esa identidad. La cadena de custodia resulta pues necesaria porque su ruptura puede provocar que la prueba, aun admisible, no sea fiable y por tanto, carezca de valor probatorio.

Respecto a la cadena de custodia nos dice la STS 4961/2014 de 20 de noviembre de 2014 que la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis pero no a su validez.

Es también significativa la STS 1365/2014 de 4 de abril de 2014 cuando señala: "Y en cuanto a los efectos que genera lo que se conoce como ruptura de la cadena de custodia, esta Sala tiene afirmado que repercute sobre la fiabilidad y autenticidad de las pruebas (STS 1029/2013, de 28-12). Y también se ha advertido que la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, pues resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del delito pueda generar un equívoco acerca de qué fue lo realmente traficado, su cantidad, su pureza o cualesquiera otros datos que resulten decisivos para el juicio de tipicidad. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo (SSTS 884/2012, de 8-11; y 744/2013, de 14-10)"

Por su parte, la STS 339/2013 de 20 marzo precisa cómo opera la ruptura de la cadena de custodia: "Como explicaban las SSTS 506/2012, de 11 de junio y 767/2012, de 11 de diciembre es cierto que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción ocupado. Se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido contaminación alguna (...) es exigible también con la legalidad procesal vigente asegurar y documentar la regularidad de la cadena para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba. Cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas razonables, habrá que prescindir de esa de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía la convierta en nula, sino porque su autenticidad queda cuestionada. No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ese es el alcance que se atribuía a la regularidad de la cadena de custodia en la normativa proyectada aludida: "El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral... El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba" (art. 360). No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad".

A su vez, la STS 304/2015 de 24 de abril dice: “El problema que plantea la cadena de custodia, hemos dicho en SSTs 6/2010, de 27.1; 776/2011, de 20.7; 1045/2011 de 14-10; es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Por ello en STS 4-6-2010 , hemos dicho que la irregularidad de la cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen que es el proceso al que denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados”.

Aplicando esta doctrina a los instrumentos de cooperación penal internacional, consideramos que entre los procedimientos y formalidades que exija la autoridad española requirente (o de emisión) a la autoridad requerida (o de ejecución) debe hacerse específica mención a la necesidad de respetar la cadena de custodia, de modo que se documente la gestión y conservación que hagan las autoridades de otros Estados de las piezas de convicción intervenidas. No obstante, en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, no sería un procedimiento o formalidad cuya ausencia, *per se*, conllevara la ilicitud de la prueba transnacional. Sin perjuicio de esto, enfatizamos la necesidad de que se recoja documentalmente la cadena de custodia de la pieza de convicción, pues sin duda para la defensa puede ser mucho más difícil acreditar ante el tribunal español cualquier irregularidad que puede haberse producido durante los periodos en que la pieza ha estado fuera de España. Así las cosas, parece equilibrado exigir cierta compensación consistente en una especial diligencia en las autoridades extranjeras mediante la reseña fehaciente del curso que den a los objetos. Conviene recordar que, con ocasión del convenio bilateral con EEUU, mencionamos que anexo al mismo hay un formulario para que la cadena de custodia se reseñe debidamente. Nos parece de mucha utilidad y que hubiera sido deseable que se hubiera seguido este modelo también en la UE.

5.9 Entregas vigiladas

No nos vamos a referir ahora a los supuestos en los que el paquete con destino a España es abierto en otro Estado, siendo en nuestro país donde finalmente se intercepta y se enjuician los hechos. En estos casos no hay propiamente cooperación internacional entre autoridades judiciales pues la apertura del paquete no se lleva a cabo en otro Estado como consecuencia de una petición específica de las autoridades españolas. Por el contrario, centraremos nuestra atención, en la misma línea que epígrafes anteriores, en los casos en los que la autoridad judicial que está conociendo de un proceso penal en España remite a las autoridades de otros Estados un petición de auxilio judicial internacional, bien en forma de comisión rogatoria o bien con base en una OEI, para que sea en ese otro Estado donde el paquete se controle -y en su caso se abra- con la finalidad de que la prueba así obtenida surta efecto en el proceso penal español.

Sabido es que las entregas vigiladas vienen reguladas en el artículo 263 bis LECrim, artículo que, además de definir qué se entiende por esta técnica, proporciona los requisitos que deben concurrir:

- Podrá ser acordada por el juez de instrucción, el ministerio fiscal o jefes de unidades orgánicas de policía judicial, debiendo hacerse a través de una resolución fundada, en la que se determine el objeto de la medida, tipo y cantidad de sustancia de que se trate, la necesidad de acudir a esta técnica y las posibilidades de su vigilancia.
- La entrega viene limitada a objetos específicos que detalla el propio texto legal⁹¹⁵.
- La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico.

A la vista de esta regulación se trataría de dilucidar qué requisitos serán necesarios cuando se solicita que la entrega vigilada autorizada en España tenga lugar en otro Estado. Al respecto daremos por reproducido lo expuesto con ocasión de la incautación de objetos, es decir, entendemos que será imprescindible tener la certeza de que el paquete vigilado en el otro Estado no ha sufrido alternación alguna y que para eso se deberá solicitar a las autoridades del otro Estado que recojan en un informe la vigilancia que se haga del envío. Asimismo, que reseñen qué funcionarios intervienen en la vigilancia por sí, ante una concreta impugnación, es preciso llamarles a declarar (por ejemplo por videoconferencia) durante la fase de juicio oral.

Ilustrativa de la doctrina jurisprudencial en relación con las entregas vigiladas que tienen lugar en territorio español sería la STS 1365/2014 de 4 de abril de 2014: “Al tener que circular o transitar por diferentes lugares la sustancia prohibida intervenida en el curso de la investigación de los delitos contra la salud pública, es necesario para que se emitan los dictámenes correspondientes tener la seguridad de que lo que se traslada es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye (SSTS. 6/2010, de 27-1; 776/2011, de 26-7; 1043/2011, de 14-10; 347/2012, de 25-4; 83/2013, de 13-2; y 933/2013, de 12-12). (...) Se aparta de la lógica de lo razonable que todos los pasos que se den con la sustancia estupefaciente por los diferentes funcionarios y servicios concernidos deban ser ratificados en el juicio oral, diligenciamiento que solo se hace en la práctica, lógicamente, cuando alguna de las partes impugna la autenticidad de las firmas o de los sellos oficiales o cuando las diligencias presentan algún punto oscuro, expresan datos contradictorios o muestran cualquier clase de signo que den pie para cuestionar la fiabilidad de la conservación de la fuente de prueba.”

También puede solicitarse que se proceda a su apertura en otro Estado. En esta apertura podrían exigirse aquellos requisitos esenciales para que sea válida en España, concretamente, por ejemplo, que de tratarse de correspondencia postal, sea citado el interesado, de conformidad con lo previsto en el artículo 584 LECrim.

Por último, en el mismo sentido apuntado con ocasión de las investigaciones encubiertas, consideramos que el acuerdo al que lleguen las autoridades españolas de

⁹¹⁵ Concretamente, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas, la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569, también del Código Penal.

emisión y las de ejecución sobre la entrega vigilada al amparo del artículo 28.2 D/OEI deberá documentarse en autos.

5.10 Entradas y registros

Cuando la diligencia solicitada para su práctica en el extranjero consista en una entrada y registro domiciliaria entendemos que debe promoverse por la autoridad judicial española que, durante su ejecución en otro Estado miembro, se respeten las siguientes formalidades:

- Que se levante acta de lo encontrado en el registro y se consigne la identidad del agente de la autoridad presente que pueda, en su caso, ser llamado a declarar en el plenario para acreditar la realidad de lo obtenido. Es evidente que ese funcionario no tiene por qué ser un fedatario público, pues figuras como el secretario judicial son desconocidas en otros ordenamientos. Puede ser un funcionario policial, pero debe poder declarar como testigo en fase de enjuiciamiento si alguna de las partes presentara impugnación concreta y específica sobre las circunstancias en que se practicó el registro o sobre los objetos incautados durante el mismo.
- En el caso de que el investigado esté también en el Estado de ejecución a disposición de sus autoridades (piénsese por ejemplo que se ha podido reclamar su entrega a España a través de una OEDE) que el registro se haga en su presencia. La jurisprudencia del TS no exige para esta diligencia - que viene autorizada judicialmente- la presencia del letrado, pero sí del imputado detenido.

Dice la STS 261/2006 de 14 de marzo, la cursiva es nuestra: “El art. 520 LECrim que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimiento de identidad y declaraciones de aquél, pero sin referencia alguna a la entrada y registro, lo que si es necesario, asimismo, según reiterada doctrina de esta Sala (por ej: 14.11.2003) cuando se procede a un registro domiciliario y *el afectado por tal diligencia se halle detenido, es que en ese registro se encuentre presente el propio imputado. No cabe proceder al mencionado registro dejando al detenido en las dependencias policiales.* Norma que se respetó en el caso presente en el que la presencia del interesado si tuvo lugar”.

- Que se recabe autorización judicial del juez español que autoriza la entrada y registro para proceder a abrir la correspondencia postal que pudiera encontrarse en el domicilio registrado en el otro Estado (o bien que se incaute sin proceder a su apertura para que ésta tenga lugar en España respetando las formalidades del art. 584 LECrim).

La STS 3508/2015 de 16 de julio de 2015 se refiere a un supuesto en el que durante la entrada y registro se encuentra un documento que pudiera estar protegido por las disposiciones del artículo 584 LECrim en lo que concierne a que la apertura de la correspondencia postal debe ser autorizada judicialmente.

5.11 Intervenciones telefónicas

Cuando la prueba obtenida en el extranjero lo sea a través de intervenciones telefónicas nos parece especialmente importante tener presente que, además de autorizar la diligencia de investigación con todos los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos en nuestro derecho, será necesario que las sucesivas prórrogas y nuevas intervenciones sean sometidas a la autorización del juez de instrucción español, sin perjuicio de que sean también autorizadas por la autoridad judicial del Estado donde la intervención tiene lugar, si así lo exige la *lex loci*.

No se trata, por tanto, de que el juez de instrucción que emita una comisión rogatoria o una OEI para intervenciones telefónicas en otro Estado tenga que haber autorizado esta diligencia en España. Además es preciso que realice el control del resultado de esta medida y, con base en este análisis, se pronuncie motivadamente sobre las sucesivas prórrogas o nuevas intervenciones que de esta primera puedan derivarse sin que quepa, a nuestro juicio, delegar esta cuestión en la autoridad judicial del otro Estado. En este sentido, echamos de menos en la D/OEI el control judicial una vez que la medida de intervención telefónica ha sido autorizada y está en ejecución en el otro Estado miembro. Creemos que es una cuestión que la autoridad judicial española deberá especificar entre los procedimientos y formalidades necesarias para la adecuada ejecución de la intervención que se transmite a través de la OEI o al amparo de mecanismos convencionales de asistencia.

Decimos esto porque la necesidad del control judicial de las prórrogas y nuevas intervenciones viene reiteradamente expuesta para causas nacionales en la jurisprudencia del TS. Esta misma doctrina es la que tiene que ser incorporada en las solicitudes de cooperación judicial internacional, de modo que el juez de instrucción español siga haciendo un control efectivo de la diligencia de investigación autorizada.

En la actualidad, tras la reforma de la LECrim operada por la LO 13/2015, ha pasado a ser una exigencia legal y no sólo jurisprudencial, en el siguiente sentido:

El artículo 588 bis e) LECrim establece que la medida podrá ser prorrogada mediante auto motivado siempre que subsistan las causas que lo motivaron. Para esta prórroga el juez deberá basarse en una solicitud que incluya un informe detallado del resultado de la medida hasta el momento y de las razones que justifiquen la continuación de la misma [art. 588 bis f) LECrim]. También el artículo 588 bis g) LECrim incide en el control de la medida, obligando a la Policía Judicial a informar al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, con la periodicidad que éste determine. Estos preceptos son comunes también a las nuevas técnicas de investigación introducidas con ocasión de esta reforma, como veremos más adelante.

Pero específicamente para la intervención de comunicaciones, que es lo que ahora nos ocupa, el artículo 588 ter f) LECrim establece especiales medidas para su control. Señala este precepto que la Policía Judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que éste determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Se indicará el origen y destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónico avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las telecomunicaciones hubieran sido grabadas. También las solicitudes de prórrogas tienen especialidades en lo que a la intervención de las comunicaciones se refiere, pues la Policía Judicial aportará, en su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida [art. 588 ter h) LECrim]. Creemos que serán las circunstancias del caso concreto las que determinarán cómo podrá trasladarse lo esencial de estas formalidades a la solicitud de cooperación judicial internacional de que se trate.

Tal y como adelantábamos, el nuevo texto legal viene a plasmar criterios jurisprudenciales consolidados. Baste citar, a título ejemplificativo, la STS 225/15 de 22 de abril, que sobre la motivación de las prórrogas dispone que “Esa misma

exigencia de motivación deben ser igualmente observadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, *debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho*, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente obtenida (en el mismo sentido, SSTC 202/2001 de 15 de octubre, FJ 6 y 261/2005 de 24 de octubre, FJ 4).”

En cuanto a los mecanismos necesarios para hacer efectivo el citado control, la misma sentencia, citando a su vez la consolidada jurisprudencia del TC sobre esta materia: “ninguna irregularidad procesal y menos constitucional supone que se remitan al Juez transcripciones mecanográficas de las conversaciones telefónicas intervenidas, incluso fragmentarias en aquellos pasajes que la Policía considera de interés para la investigación y no las conversaciones policialmente inocuas o irrelevantes. Es más, aún en el caso de que se hubiera trasladado al Juez solamente las transcripciones parciales de las conversaciones grabadas, sin acompañamiento de las cintas, sería ello suficiente para que la autoridad judicial formase juicio sobre la buena línea de la investigación y la persistencia de las sospechas sobre la persona cuyo teléfono se interviene, lo cual, por otra parte, justificaría en su caso la prórroga de la medida al considerarse de ese modo los indicios de la participación de la persona en actos delictivos.

El Tribunal Constitucional también tiene dicho al respecto que no se requiere ni la aportación de las transcripciones literales íntegras, ni la audición directa por el Juez de las cintas originales, si el Juez tuvo suficiente conocimiento de los resultados obtenidos en los anteriores períodos de intervención a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 219/2006 (Sala Primera) de 3 julio y las allí citadas SSTC 82/2002 de 22 de abril (F. 5); 184/2003 de 23 de octubre (F. 12); 205/2005 de 18 de julio (F. 4); 26/2006 de 30 de enero (F. 8).

En la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 220/2009 de 21 de diciembre de 2009, se reitera: Las anteriores consideraciones permiten excluir también la denunciada vulneración del art. 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, pues si bien es cierto que hemos declarado que el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 Constitución), para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo (SSTC 49/1999 de 5 de abril, FJ 5 ; 82/2002 de 22 de abril, FJ 5 ; 184/2003 de 23 de octubre, FJ 12 ; 165/2005 de 20 de junio, FJ 8 ; 239/2006 de 17 de julio, FJ 4)”.

Lógicamente, al tratarse de prueba transfronteriza puede ser conveniente cierta flexibilidad en cuanto a los plazos y mecanismos para este control de las prórrogas. No parece realista, por ejemplo, que la comisión rogatoria que solicite la intervención de un determinado teléfono que está siendo utilizado en otro Estado autorice la medida de injerencia en el derecho fundamental por sólo un mes y en dicho plazo se pretenda que el contenido de las conversaciones relevantes sea remitido a la autoridad judicial española debidamente traducido. Pero entre este control férreo, perfectamente posible en una causa nacional, y la total dejación del control en manos de la autoridad de ejecución, entendemos que hay un término intermedio que permite combinar perfectamente las peculiaridades intrínsecas a la cooperación internacional y la adecuada protección de los derechos fundamentales del investigado.

5.12 Equipos conjuntos de investigación

Los EECCII son una técnica especial de investigación y, como tal, presentan una problemática propia que puede incidir en la admisibilidad de la prueba obtenida por los integrantes del equipo. En el capítulo II tuvimos oportunidad de exponer algunos de los supuestos en los que el Ministerio de Justicia ha denegado la autorización para la constitución del equipo. No creemos que la ausencia de autorización ministerial implique, *per se*, la ilicitud de la prueba obtenida en el equipo que ha estado intercambiando información y prueba para el proceso penal sin contar con autorización ministerial para su constitución. Será, a nuestro juicio, una infracción de legalidad ordinaria pero no conllevará la nulidad de lo actuado. Creemos que difícilmente puede sostenerse lo contrario cuando para otro tipo de EECCII, los constituidos en la AN, sin razón objetiva alguna esta autorización no es necesaria. Es más, dudamos de la constitucionalidad de hacer imprescindible este requisito para que la autoridad judicial pueda acudir a esta técnica, motivo por el cual venimos abogando por su supresión. Por otra parte, EECCII que son hoy día autorizados por el Ministerio nos parece que sí podrían estar incurso en supuestos de inadmisibilidad. Es preciso, en consecuencia, tratar diferenciadamente la casuística con la que, hasta el momento, hemos encontrado en los EECCII constituidos por nuestras autoridades judiciales.

En el supuesto del ECI que, constituido en sede de diligencias de investigación de fiscalía, sigue operativo una vez judicializadas las diligencias sin regularizar la situación del equipo ante el juez de instrucción, lo que nos parece relevante en términos de licitud probatoria no es la ausencia de autorización ministerial, sino de resolución judicial que, dictada en la instrucción penal, justifique mantener la técnica durante esta nueva fase (y, con ello, autorice que la información y la prueba “circule” sin necesidad de mecanismos de cooperación judicial internacional entre las autoridades que formaban parte del ECI).

Repárese, por ejemplo, en que al amparo de la existencia del equipo se puede estar transmitiendo automáticamente el contenido de conversaciones telefónicas intervenidas judicialmente a las autoridades del otro Estado que, en su día, formaban parte del ECI cuando se constituyó en fiscalía.

El argumento de que el ECI se constituyó a través de un decreto del fiscal no puede amparar que, una vez incoado ya el procedimiento penal, no se dictase un auto en el que el juez hiciese su propia valoración. Dicho de otro modo, el decreto del fiscal (con sus características, entre ellas la irrecurribilidad) no puede surtir efecto o equipararse al auto del juez de instrucción. La Ley 11/2003 no permite que el fiscal se limite a dar cuenta al juez de la constitución del ECI ni posibilita que lo acordado en fiscalía en esta materia de EECCII despliegue sus efectos durante la fase de instrucción ante el juez. La ausencia de este auto conlleva que la defensa no tenga conocimiento de si sigue operativo el ECI o por qué delitos operaba (la calificación del fiscal no tiene por qué coincidir con la del juez de instrucción) ni bajo la dirección de quien. Consideramos imprescindible que el juez de instrucción, al recibir las diligencias de investigación de fiscalía, haga su propia valoración y tome sus decisiones como responsable de la instrucción penal. Para hacerlo deberá dictarse un auto y éste sí, llegado el momento de alzamiento del secreto, podrá ser recurrido por la defensa, sin que haya opción a causar indefensión alguna.

En el otro de los supuestos, el del coliderazgo, creemos que resulta difícil aventurar una conclusión común y general, de modo que dependerá del caso concreto que se pueda tachar de ilícita o no la prueba obtenida por afectar al juicio justo. El criterio, en nuestra

opinión, debe residir en la siguiente valoración: si efectivamente con el coliderazgo de ese caso específico se ha desequilibrado a favor de la acusación la igualdad de armas que debe regir en el proceso penal, también durante la instrucción, salvo que la ley disponga lo contrario (como en relación con el secreto sumarial). De este modo, si del examen de los autos se constata que efectivamente el juez de instrucción dirigía la investigación penal, resolviendo con independencia e imparcialidad si procedía o no acordar las diligencias de investigación solicitadas por los integrantes del ECI la conclusión sería que no hay reproche de ilicitud que hacer a la prueba así obtenida. Caso contrario, sin embargo, la conclusión debe ser distinta. Si del examen de autos queda claro que el fiscal ha actuado como jefe de la investigación, consensuando con el jefe del otro Estado las diligencias de investigación que se practicarán en España, incluso aunque afectara a derechos fundamentales, o instando por sí mismo la práctica de diligencias en el extranjero (por escrito o en reuniones de coordinación a las que acude sin el juez, por ejemplo) entendemos que la problemática estaría servida. Repárese en que lo que se está valorando es, por tanto, si el coliderazgo fue formal (en cuyo caso es inexplicable que se optara por esta fórmula) o si es material (caso éste que compromete, a nuestro juicio, la licitud probatoria de lo obtenido, aunque ciertamente será de muy difícil acreditación en autos cual ha sido el exacto papel jugado por cada uno de los dos colíderes del ECI español).

Es interesante traer a colación la doctrina del TEDH en la Sentencia de 6 de enero de 2010 caso 74181/01 - asunto Vera Fernández-Huidobro contra España- donde tras recordar que su jurisprudencia relativa a la imparcialidad del tribunal se aplica también al juez de instrucción (párrafo 115) señala en el párrafo 117 que un defecto de imparcialidad de orden funcional se corresponde con aquellos casos en los que la conducta personal del juez no se cuestiona en absoluto pero donde, por ejemplo, el ejercicio por la misma persona de diferentes funciones en el marco del proceso judicial *o los vínculos jerárquicos u otros con otra parte del proceso* plantean dudas objetivamente justificadas sobre la imparcialidad del tribunal. Lo que nos planteamos es si el coliderazgo, en cuanto relación especial con una de las partes en el proceso – la acusación pública- no merma esa imparcialidad del juez instructor en términos que puedan resultar contrarios a esta doctrina.

En nuestra opinión - en línea con lo expuesto en relación con Eurojust- esta técnica de los EECCII puede generar también indefensión si no se da publicidad procesal a aquellos elementos esenciales del equipo, como el acuerdo de constitución. Si en el mismo, por ejemplo, se determinó una concreta atribución de jurisdicción para los distintos delitos investigados, consideramos que su conocimiento por la defensa está íntimamente ligado a su derecho a un juicio justo. Difícilmente podrá cuestionar que no se siguieran determinadas formalidades o procedimientos en una concreta diligencia de investigación si desconoce que de antemano se había acordado que sólo uno de los Estados que conforman el ECI conocería del enjuiciamiento de ese delito.

Al hilo de esto recordemos que ya apuntamos al tratar los EECCII que no es pacífico que esta técnica permita exigir determinados procedimientos y formalidades durante la obtención de la prueba en otro Estado. Creemos que de no haberse exigido el respeto a alguna formalidad esencial la prueba obtenida dentro del ECI en otro Estado miembro puede ser inadmisibile en España.

Imaginemos un ECI entre España y Dinamarca en el que se acuerda que se lleven a cabo registros domiciliarios en territorio danés porque hay indicios de que allí se recabe prueba relevante para el delito de salud pública investigado en España aunque no para el delito de blanqueo que, en relación con la misma organización, investiga Dinamarca. Por la propia mecánica del ECI el juez de instrucción español,

jefe del equipo, no deberá mandar una comisión rogatoria a la autoridad danesa, porque precisamente la constitución del ECI lo hace innecesario. Ahora bien, ello no obsta para que el juez español deba autorizar el registro por auto y que en el mismo se inste de las autoridades danesas unas formalidades esenciales, como que se levante acta de lo encontrado y se reseñe la cadena de custodia hasta que los objetos sean entregados a las autoridades españolas. La ausencia de estos requisitos puede dar problemas de admisibilidad por mucho que haya sido practicada en el seno de un ECI.

5.13 Antecedentes penales

La prueba en el proceso español de los antecedentes penales recaídos en otro Estado previsiblemente generará más problemas de valoración que de admisibilidad. Como tuvimos ocasión de apuntar, en determinados supuestos la nota de condena no arrojará suficiente información sobre la naturaleza del hecho delictivo y puede resultar imprescindible recabar la copia de la sentencia condenatoria firme que motiva la inscripción en registro de penados. Ya mencionamos también que al amparo de la DM 2008/315 esta petición parece que debe articularse a través de las autoridades centrales, cuando entendemos que podría ser más ágil hacerlo a través de un EEP (de hecho, sí era posible hacerlo directamente entre las autoridades competentes con el CUE/2000). El cauce para recabar el testimonio de la sentencia puede entenderse corregido por el legislador español (dado que el art. 15 LO 7/2014 menciona que lo haga mediante el intercambio de antecedentes – es decir, vía autoridades centrales - o “o a través de los instrumentos de asistencia judicial vigentes”) pero esta opción puede dar problemas en la práctica si el Estado al que se dirige el instrumento de asistencia judicial considera que, en aplicación estricta de la DM 2008/315, sólo cabe hacerlo por vía del intercambio entre las autoridades centrales designadas por cada Estado. En cualquier caso, lo que pretendemos destacar ahora es que el hecho de contar con la información de condenas extranjeras anteriores, por haber sido facilitado el dato por el Registro Central de Penados español, puede no ser suficiente para aplicarle automáticamente efectos en el proceso penal español. En no pocas ocasiones los mecanismos de cooperación judicial internacional tendrán que activarse para obtener la copia de la sentencia completa a efectos de que pueda valorarse, plenamente y con seguridad jurídica, qué consecuencias debe tener en España el pronunciamiento anterior a la vista exacta de los términos del mismo. En términos de admisibilidad de los antecedentes penales, el posible problema lo encontramos en que se incurra en el uso de la información sobre la condena sin respetar las limitaciones que imponga el instrumento jurídico que haya servido para su intercambio.

Centrándonos en el ámbito de la UE, el art. 9 de la DM 2008/315 limita el uso de los antecedentes penales solicitados al procedimiento penal en el que se recabaron o bien para evitar una amenaza inminente y grave para la seguridad pública. En el mismo sentido, el art. 13 de la LO 7/2014. Por tanto, si una autoridad judicial española, para una determinada investigación, solicita a través del Registro Central de Penados los antecedentes penales de un investigado que es nacional de otro Estado y en virtud de dicha solicitud recibe las inscripciones por condenas recaídas fuera de España, esa información no podrá luego utilizarse en otro proceso a ningún efecto. Si se usara sin cursar una específica solicitud en ese nuevo proceso cabría considerarlo un uso ilícito de la prueba obtenida en el primero, por contravención expresa de lo estipulado en la normativa europea – DM 2008/315 – y en la española que lo traspone – LO 7/2014 -, por lo que ese dato no debería poder utilizarse en este nuevo procedimiento penal, debiendo cursarse una nueva solicitud para ese proceso.

En abstracto puede resultar un supuesto poco probable, pero la práctica forense siempre es capaz de sorprendernos. Imaginemos, por ejemplo, que en un determinado Juzgado de Instrucción se está investigando a un ciudadano inglés y se recaban sus antecedentes penales en ese (primer) procedimiento. Meses después el investigado inglés es detenido por otro hecho delictivo completamente distinto y el fiscal, parte en ambos procesos, solicita en este segundo su ingreso en prisión preventiva argumentando antecedentes de cara a la concurrencia de requisitos que hacen posible la aplicación del artículo 503 LECrim. Lo hace por conocer que tiene antecedentes en virtud de la información obrante en el primer proceso penal, en este segundo no se ha cursado todavía solicitud alguna al respecto. Lo que sostenemos aquí es que en este caso el letrado puede oponerse a que esta argumentación (reincidencia) sea valorada por el Juez de Instrucción llamado a resolver sobre la prisión provisional tras la comparecencia del 505 LECrim, o a que los antecedentes se unan materialmente a este segundo procedimiento mediante testimonio de la documentación obrante en el primero. Será necesario recabar de nuevo los antecedentes penales, esta nueva solicitud pondrá dar un resultado distinto si el Estado de condena canceló alguno de los anteriores (cosa que no ocurrirá probablemente si la condena se dictó en Inglaterra, donde, cualquiera que sea el delito que motive la inscripción, se cancelan sólo cuando el condenado cumple 100 años).

5.14 Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos y vigilancia con dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen

Además de lo dicho en sede de intervenciones telefónicas en materia de prórrogas, que es común para estas diligencias de investigación [artículo 588 bis e); art. 588 bis f) y art. 588 bis g), todos de la LECrim] en las que ahora nos ocupan se establecen también unos especiales mecanismos para el control de la ejecución de la medida.

El artículo 588 quater d) LECrim -en relación con la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos- exige que la Policía Judicial ponga a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia auténtica de las grabaciones e imágenes que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones, debiendo identificar en el informe a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida. Por su parte -para las balizas- el artículo 588 quinquies c) LECrim en su epígrafe 2 exige que la policía judicial entregue al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando ésta se le solicitado y en todo caso cuando acaben las investigaciones. Estos preceptos creemos que deben ser trasladados, en la medida de lo posible, a la petición de cooperación internacional. Pero, como dijimos con ocasión de las intervenciones telefónicas, sin duda dependerá su viabilidad del caso concreto de que se trate.

5.15 Información recibida de servicios de seguridad de otros Estados

Con la información suministrada por los servicios de seguridad de otros Estados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españolas nuestras autoridades policiales proceden a realizar (habitualmente, a iniciar) una investigación policial que se incorpora al proceso penal, donde deberá ser acreditada. Por tanto esta información no tendrá valor de prueba (por mucho que, como expusimos, la Ley 31/2010 utilice esa expresión en alguna parte de su articulado). Sin perjuicio de esto, nos parece que merece cierto detenimiento el uso que se haga de esta información policial, el cuestionamiento de sus orígenes y de las condiciones en las que fue transmitida a España.

En relación con la necesidad de que las autoridades policiales de otros Estados concreten el origen o fuente de la información que transmiten nuestro TS reitera que esta información no tiene valor más que de denuncia, y, al no ser prueba, no integra el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías.

El TS se ha pronunciado recientemente esta cuestión en la STS 4961/2014 de 20 de noviembre de 2014, que cita a su vez la STS núm. 884/2012, de 12 de noviembre que expresamente explicita que "cuando servicios de información extranjeros proporcionan datos a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, la exigencia de que la fuente de conocimiento precise también sus propias fuentes de conocimiento, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Lo decisivo, además de la constancia oficial, no necesariamente documentada, de que esa comunicación se produjo, es que el intercambio de datos sirva para lo que puede servir, esto es, para desencadenar una investigación llamada a proporcionar a los Tribunales españoles los medios de prueba precisos para el enjuiciamiento de los hechos".

Incluso con valor de mera denuncia, las autoridades policiales acuden a un instrumento jurídico para amparar esta transmisión de información. Tradicionalmente era el CAAS/1990 dentro de la UE, pero hoy día las disposiciones de éste han quedado sustituidas por la DM 2006/960.

El artículo 12 DM 2006/960 estipula que las disposiciones del artículo 39, apartados 1, 2 y 3, y del artículo 46 del CAAS/1990, en la medida en que se refieren al intercambio de información e inteligencia a efectos de la realización de investigaciones criminales y de operaciones de inteligencia criminal previstas en esa decisión marco, quedarán sustituidas.

Siendo de aplicación la DM 2006/960 (y por tanto en España la correlativa Ley 31/2010) conviene tener presente que hay condiciones impuestas para la transmisión o el uso de esta información. Así: en cuanto al intercambio espontáneo de información, de utilizar la llamada "iniciativa sueca" sólo podrá hacer referencia a los delitos que eximen del control de doble tipificación de la conducta en la OEDE.

Lo contemplaba de este modo— quizá como norma de mínimos — la DM 2006/960 que remitía a la legislación interna; en estos mismos términos lo ha implementado la Ley 31/2010. Por tanto, nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no podrán transferir información por delitos diferentes a las 32 categorías delictivas del actual art.47.1 LRM en su remisión al artículo 20.1 LRM. Si un Estado miembro ha implementado en idénticas condiciones la DM 2006/960, esto es, limitando el intercambio espontáneo a las categorías mencionadas, la información remitida a España bajo la cobertura jurídica de la iniciativa sueca pero sobre un delito diferente no podría realizarse.

Por otra parte, el uso de la información recibida por los servicios de seguridad españoles presenta límites: que se utilice sólo para aquello para lo que fue solicitada. Puede resultar problemático, por tanto, que se solicite una concreta información (por ejemplo, la titularidad de una cuenta bancaria) con un determinado fin (por ejemplo, la prevención de un atentado terrorista impidiendo su financiación) y acabe utilizándose para otro (la persecución de un delito contra la Hacienda Pública, por ejemplo) sin obtener la correspondiente autorización del servicio que facilitó el dato.

El artículo 7.2 de la Ley 31/2010 regula, en términos idénticos a la DM 2006/960, la concreción en la solicitud del fin para el que se solicita la información. Dice concretamente que se detallará "el fin para el que se solicita la información o inteligencia, y la vinculación existente entre ese fin y la persona afectada por la solicitud". A su vez, el artículo 8 consagra el principio de especialidad en la

utilización de esta información al disponer que “el servicio de seguridad español competente al que se le haya proporcionado información e inteligencia en virtud de esta Ley, sólo podrá utilizarla para los fines que fue facilitada, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, o para prevenir una amenaza grave e inminente a la seguridad pública”.

El uso de la información puede también estar sujeto a ciertas condiciones. No respetar estas condiciones o no respetar la exigencia de previa autorización pueden dar lugar también a que no tenga cobertura jurídica que esa información acceda al proceso penal español.

Recordemos que el artículo 8.3 Ley 31/2010 establece que el servicio español de seguridad competente estará obligado a respetar las condiciones establecidas por el servicio de seguridad transmitente de la información, de conformidad con lo previsto en su legislación nacional, salvo en aquellos casos en que el Derecho nacional establezca excepciones a esas limitaciones en beneficio de las autoridades judiciales, de los órganos legislativos o de cualquier órgano independiente creado en virtud de la Ley y encargado de la supervisión de los servicios de seguridad competentes. En dichos casos, sólo se podrá utilizar la información e inteligencia previa consulta al Estado miembro transmisor, cuyos intereses y opiniones se tendrán en cuenta en la medida de lo posible.

En casos específicos, el Estado miembro transmisor podrá pedir al Estado español explicaciones sobre el uso y posterior tratamiento de la información e inteligencia transmitida.

Imaginemos que se trata de recabar la filiación completa del que actuó como agente encubierto en una determinada operación. El Estado que suministra esta información puede condicionar el suministro (y probablemente lo hará) a que la identidad real sólo sea conocida por el tribunal. No respetar esta condición y favorecer que sea conocida por la defensa puede propiciar que ésta solicite prueba sobre algún extremo relativo al encubierto y, en estos casos, entendemos que la fiscalía podría sostener válidamente que es inadmisibile esta prueba al partir de un dato – la identidad real del encubierto – para cuya revelación no estaba autorizada la autoridad judicial española.

Idéntico razonamiento podría hacerse en relación con el suministro de información por los servicios de seguridad de un Estado miembro en relación con información facilitada por un tercer Estado y cuya transmisión a España no haya sido autorizada por éste.

Ahora bien, para poder comprobar si estas limitaciones del uso de la información son o no respetadas por las autoridades españolas que las reciban es necesario conocer en qué términos se transmitió esta información. Entendemos que es una actividad de comprobación a la que tiene derecho la parte para poder ejercitar debidamente su derecho a la defensa. Este control es imposible, sin embargo, si no se confiere acceso a la concreta información transmitida (al margen de que, como expusimos anteriormente, no sea necesario conocer también la fuente de dicha información). Sin embargo, el TS ha entendido innecesaria esta aportación concreta de la información recibida por los agentes de servicios de seguridad de otros Estados. Nos referimos a la STS 3808/2014 de 30 de septiembre de 2014 que considera irrelevante que no se aporte a la causa el oficio de la agencia de seguridad extranjera⁹¹⁶.

⁹¹⁶ La sentencia invoca como norma habilitante de la transmisión de la información el artículo 39 CAAS/1990. Sin embargo, entendemos que, refiriéndose a unos hechos acaecidos en 2011, al tiempo de transmitirse esa información la norma habilitante venía constituida por la DM 2006/960 al establecerlo así el artículo 12 de la DM.

Dice literalmente la STS que “la jurisprudencia de esta Sala, en un ámbito de restricción constitucional de especial trascendencia, cual es el que afecta al contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, ha negado relevancia a la falta de incorporación a la causa del oficio de una agencia estatal de investigación extranjera en el que se expresan los datos iniciales que precipitan la investigación. Hemos considerado que no vulnera del derecho a la prueba ni ningún otro de los derechos que definen el proceso justo, la falta de constancia de la información de un órgano extranjero que pudiera estar en los antecedentes de la causa penal iniciada en nuestro territorio. Así, por ejemplo, -decíamos en la STS 712/2012, 26 de septiembre, reiterada en su doctrina por las SSTS 575/2013, 28 de junio y 635/2012, 17 de julio - que carece de trascendencia que el oficio inicial de la DEA no fuera unido a las actuaciones, y que tampoco tomara conocimiento de la información en él contenida, de manera directa, el Juez de instrucción, sino a través de la información que la policía española facilitó cumplida y pormenorizadamente. Y es que la actividad descrita en su conjunto se apoya en el principio de reciprocidad y cooperación internacional entre instituciones, también las policiales, que necesariamente lleva a que el funcionamiento de esta colaboración se desenvuelva inspirada por el principio de confianza, tanto en los medios y en las formas utilizadas en la investigación como en los resultados obtenidos y en la fiabilidad de las informaciones facilitadas, máxime teniendo en cuenta la fuente de procedencia en el presente caso². En el mismo sentido la STS de 22 de julio de 2013.

Cuestión distinta es que en el oficio de los agentes actuantes españoles se refleje la totalidad de la información que recibieron de los extranjeros, pues de este modo, aunque el oficio de éstos no venga unido a autos, el control sí puede realizarse.

Esta tesis la encontramos reflejada, por ejemplo, en la siguiente STS 29 de mayo de 2014: Cuando estas fuentes de conocimiento externo de la solicitud de nuestros servicios policiales proceden, como en este caso, de investigaciones legalmente practicadas por servicios policiales extranjeros, afirma la STS 635/2012, de 17 de julio "se debe consignar en la solicitud, además de las investigaciones internas de corroboración que se hayan podido practicar, la totalidad de los datos que los servicios policiales del país de procedencia de la droga hayan proporcionado, cuya fiabilidad debe ser valorada por el propio Juez Instructor en función de: 1º) Los datos objetivos existentes y su concreción, 2º) Los cauces oficiales de recepción y verificación de la información, 3º) Las posibilidades de confirmación interna de los aspectos periféricos de la investigación, 4º) La verosimilitud de la información y 5º) Sus propias normas de experiencia.

6. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO

Ni la DM/EEP ni la D/OEI contienen normas sobre la admisibilidad en el Estado de emisión de la prueba obtenida en el Estado de ejecución. Pero ya tuvimos ocasión de mencionar que el legislador español, al implementar el EEP, introdujo una presunción de admisibilidad de la prueba obtenida a través de este instrumento, haciéndolo en términos ciertamente cuestionables (art. 189.3 LRM). Nos remitimos a lo dicho en su momento.

En la D/OEI la única referencia a esta cuestión es el artículo 14.7, cuando señala que la impugnación que prospere contra el reconocimiento o la ejecución de una OEI será tenida en cuenta por el Estado de emisión con arreglo a su propio derecho interno. Añade el precepto que, sin perjuicio de las normas procesales internas, los Estados miembros velarán por que, en los procesos penales del Estado de emisión, se respeten los derechos de la defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de la OEI. Por tanto, como destaca RODRÍGUEZ LAINZ, la directiva, lejos de

tomar postura sobre las reglas de eficacia refleja de la prueba prohibida, sigue la solución del TEDH de realizar un análisis conjunto de la prueba para concluir si en el caso concreto se ha respetado el derecho a un juicio justo en los términos del artículo 6.1 del CEDH⁹¹⁷. Creemos que lo que hace la D/OEI es diferir a la legislación interna de los Estados las eventuales consecuencias de la declaración de ilicitud de la prueba, solución desde luego poco satisfactoria, pero políticamente más realista para lograr su promulgación. De hecho, ya durante la tramitación de la D/OEI se alzaron voces críticas sobre la falta de atención a la admisibilidad de la prueba obtenida. SAYERS destacó que se debería haber analizado el estudio de la Comisión sobre la admisibilidad de la prueba – en referencia al Libro Verde que dio lugar al proceso de consultas pero que quedó interrumpido por la iniciativa sobre la OEI -. También que deberían haberse desarrollado en la directiva normas detalladas sobre los estándares mínimos de obtención y traslado de prueba y su admisibilidad de conformidad con el derecho a un proceso justo. Estos estándares, además, deberían tener en cuenta la diversidad de los sistemas criminales de los Estados miembros⁹¹⁸.

El punto de partida, por tanto, es el mismo que en la asistencia convencional, los términos del planteamiento del problema no han cambiado, pero, sin necesidad de reproducir consideraciones que ya hemos hecho antes, vamos ahora únicamente a exponer qué problemas de admisibilidad puede generar la propia mecánica de funcionamiento de uno y otro instrumento.

6.1 Exhorto europeo de obtención de prueba

En el EEP vislumbramos varios posibles problemas. Uno los hemos tratado ya: la toma de declaración de quien esté presente durante su ejecución. Los otros serían:

a) La actividad que puede acometer la autoridad de ejecución sobre lo que en principio no se había descrito en el exhorto como necesario, útil y proporcionado para el proceso penal español. Viene recogida en el artículo 4.5 DM/EEP (artículo que permite a la autoridad de ejecución, si así lo indica la autoridad de emisión, incautar los objetos, documentos o datos que descubra al ejecutar el exhorto siempre que, sin mediar otras investigaciones complementarias, considere que son pertinentes para el procedimiento) y en términos similares en el artículo 191.4 LRM. El problema que puede surgir con esta habilitación genérica es que la autoridad de ejecución incaute material que no habría podido obtenerse en España y, por tanto, el objeto en sí deba ser inadmisibile en el proceso (por ejemplo, unas cintas halladas que recojan la grabación ambiental realizada en el Estado de ejecución, pues si hasta ahora en nuestro país las escuchas medioambientales no tenían amparo legal y la jurisprudencia del TS las excluía, no parece admisible que tal objeto pueda ser aportado al proceso porque sí puedan utilizarse como prueba en el Estado de ejecución). Creemos que con ocasión de la recepción de este nuevo material probatorio, sobre el que el juez español no ha podido pronunciarse en términos de proporcionalidad, necesidad, idoneidad y forma de obtención, deberá existir un expreso pronunciamiento judicial que acepte la incorporación al proceso de todo ese material. De no producirse esta resolución se vulnerarían derechos de la defensa, que puede cuestionar esta incautación en toda su

⁹¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de comunicaciones en la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal”, www.sepin.es, mayo 2015.

⁹¹⁸ Cfr. SAYERS, D., “The European Investigation Order. Travelling without a roadmap”, *Centre for European Policies Studies CEPS*, 2011 en referencia al Libro Verde de la Comisión sobre la obtención de prueba.

extensión: las condiciones, el tipo de objeto, documento o dato y la forma en la que ha sido obtenido.

b) La adopción de medidas coercitivas para la incautación cuando éstas no han sido solicitadas por la autoridad judicial que sería competente para adoptarlas en España en un caso análogo. Por ejemplo, porque el EEP lo haya emitido la fiscalía sin prever que tales medidas coercitivas podrían ser imprescindibles para la incautación y sin advertir a la autoridad de ejecución que no estaba autorizada en nuestro país el uso de coerción, pues no ha intervenido todavía ningún Juez de Instrucción.

c) La adopción de medidas coercitivas sin que estas hayan sido solicitadas por el Juez de Instrucción que, en consecuencia, no puede haber solicitado que se cumplan determinados requisitos o formalidades, con lo que de vulnerarse los esenciales en nuestro ordenamiento jurídico podría haber un problema de admisibilidad de la prueba obtenida. Imaginemos, por ejemplo, que para incautar el objeto reseñado en el EEP la fuerza policial del Estado de ejecución realiza un registro domiciliario tomando como autorización habilitante el consentimiento del detenido que lo prestó sin asistencia letrada. En sentido análogo, como la autoridad española no ha interesado que se adopte medida coercitiva alguna, puede suceder que la adoptada de oficio por la autoridad de ejecución es una medida no disponible en España o no disponible en casos similares. La causa de esta imposibilidad puede ser variada: la escasa gravedad de la conducta, el hecho de que esa medida sólo esté prevista para determinados delitos. Esta objeción que hacemos al EEP ejecutado con medidas coercitivas enlaza con la condición de emisión que prevé nuestro artículo.189.1 e) LRM cuando exige que, de conformidad con la legislación española, en un caso nacional equivalente el juez, tribunal o en su caso el fiscal si fuera el emisor del exhorto, pudiera acordar la obtención del objeto, documento o dato.

d) El uso indebido de los datos personales obtenidos con el EEP puede también generar problemas de admisibilidad. Como vimos, el artículo 194 LRM limita el uso de los datos personales obtenidos en otro Estado miembro como consecuencia de la ejecución de un EEP emitido por las autoridades judiciales españolas, en lo que aquí nos interesa, a los procesos penales en los que se podía emitir el EEP. Consideramos que puede ser considerado inadmisibile el uso de un dato personal obtenido por un EEP en relación con otro procedimiento en el que no se darían las condiciones para su emisión (art. 189.1 LRM) o para su emisión en idénticos términos (con exención de doble tipificación de la conducta, por ejemplo).

Imaginemos que se recaba en otro Estado miembro a través del EEP el historial médico del investigado -portador del VIH- por un delito de asesinato (infracción para la que la autoridad de ejecución no podría oponer la causa de denegación de ausencia de doble tipificación). La cuestión es que la información así obtenida -que es efectivamente portador del virus- no podría utilizarse en otro procedimiento penal seguido por un delito que no permite esta exención (por ejemplo, un delito de amenazas, en el que la víctima relata que la intimidación se articulaba con el anuncio de contagiar la enfermedad) porque el acceso a esta información podría haber sido denegado por la autoridad de ejecución del EEP si se hubiera pedido con ocasión de este segundo hecho delictivo.

Desde luego no todos estos problemas conllevarán la ilicitud del elemento probatorio incautado, pero son supuestos en los que puede cuestionarse si es o no admisible en España la prueba transfronteriza obtenida a través del EEP.

6.2 Orden europea de investigación

La OEI conlleva para la autoridad de ejecución el deber (en algunos casos) o la facultad de sustituir la diligencia de investigación que haya hecho constar la autoridad de emisión española en el certificado. Aunque la nueva medida sea menos restrictiva de derechos, no por eso está garantizada la admisibilidad de la prueba así obtenida.

Pensemos por ejemplo que la autoridad judicial española emite una OEI con la finalidad de que se lleve a cabo una entrada y registro domiciliaria para incautar un documento y que la autoridad de ejecución decide sustituir la diligencia de registro (para la que el juez español había ya previsto formalidades esenciales) por la declaración en calidad de imputado del afectado y el requerimiento de que aporte la documentación. En esta nueva medida – la declaración como imputado – la autoridad de ejecución puede desconocer qué formalidades precisa la legislación española (por ejemplo, la asistencia de abogado en todo caso, incluso de oficio si no lo designa la parte) y por vía de esta sustitución dar pie a obtener una prueba que no podrá ser usada en España. Por otra parte, tampoco es razonable que la autoridad española de emisión se adelante a la eventualidad de sustitución y anticipe formalidades no sólo para la diligencia que contiene en la OEI, sino para cualquier otra por la que pueda ser sustituida a criterio de la autoridad de ejecución. Sin duda, generalizar el uso de las fichas belgas puede cumplir con esta finalidad. Lo que ahora queremos resaltar es que la sustitución implica un riesgo para el respeto a la *lex fori* y que de ahí pueden derivarse problemas de admisibilidad.

Citaremos otra incidencia que puede presentarse ahora en atención a la práctica de una diligencia de las reguladas específicamente en la D/OEI. Nos referimos al traslado de detenidos de los artículos 22 y 23 D/OEI, porque entendemos que puede ser causa de inadmisibilidad de la prueba que se vulneren las normas de inmunidad prescritas en dichos preceptos.

Es decir, si el detenido es trasladado a España a través de una OEI para tomarle declaración como imputado por un delito A durante una reconstrucción de hechos y, en el curso de esta diligencia de investigación, se le toma declaración por otro delito B que es anterior y que no fue especificado en la OEI, entendemos que habría clara vulneración del derecho a la defensa, pues consustancial a la entrega del detenido en virtud de la OEI es que sólo se le pudiera perseguir por el delito que motivó la emisión de este instrumento de reconocimiento mutuo. Y en nuestra opinión sin duda la práctica con él de diligencias de investigación con carácter previo a su procesamiento, como la toma de declaración como imputado, es una manifestación de la facultad de persecución del Estado, que al estar vedada para este segundo delito daría lugar a la ilicitud de esa prueba. Este argumento se ve fortalecido por el hecho de ser una causa facultativa de denegación de la ejecución de la OEI que el detenido no consienta en el traslado. Si el Estado de ejecución recabó el consentimiento del condenado para no aplicar esta causa de denegación es obvio que se consintió sólo en relación con el delito especificado en la OEI, el que hemos llamado A, no respecto al que se desconocía sería objeto también de diligencias de investigación, el B, respecto al que el detenido podría no haber consentido o el Estado de ejecución haber denegado la entrega.

Al margen de estas apreciaciones puntuales, la valoración general es la que venimos sugiriendo desde páginas atrás: la OEI permite ser más respetuosos con los derechos fundamentales, tanto en fase de emisión del instrumento como en su ejecución. Si será

así en la práctica, si realmente ha merecido la pena este largo camino para regular la obtención de prueba penal transfronteriza en Europa, sólo el tiempo nos lo dirá.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La investigación y obtención de prueba penal a través de instrumentos de cooperación judicial internacional es cada vez más frecuente - y más compleja - por la multitud de mecanismos convencionales vigentes actualmente en España. En este contexto, resulta ineludible que el legislador español promulgue una Ley de Cooperación Judicial Internacional Penal que regule la prestación de asistencia activa y pasiva al amparo de convenios, tanto bilaterales como multilaterales, que defina adecuadamente el papel del Ministerio de Justicia como autoridad central y el de las demás autoridades (jueces, fiscales y letrados de la Administración de Justicia) en la emisión y ejecución de comisiones rogatorias para la obtención de prueba, así como la intervención de las partes personadas en el proceso penal.

SEGUNDA

Es necesario contar con una regulación que determine cuáles son las formalidades esenciales para garantizar la admisibilidad ante tribunales españoles de la prueba penal obtenida en el extranjero al amparo de los diversos instrumentos de cooperación judicial internacional. En consonancia con ello, debería ser obligatorio que las autoridades judiciales españolas de emisión instaran expresamente, en sus solicitudes de asistencia para la obtención de prueba el cumplimiento de estos requisitos esenciales durante la ejecución de la comisión rogatoria en el extranjero.

TERCERA

Debe dotarse de un marco normativo interno más adecuado a la técnica de investigación transnacional consistente en constituir equipos conjuntos de investigación. De modo singular es necesario dotar de autonomía a los jueces de instrucción para acudir a esta técnica, sin autorización ministerial; la delimitación de funciones de todas las autoridades españolas que participen en el equipo deberá ser acorde con las funciones reservadas a cada una de ellas en nuestro ordenamiento; deberá también regularse expresamente la constitución de equipos con autoridades judiciales de países que no formen parte de la UE; por último, habrá de prestarse especial atención a la publicidad en autos del acuerdo de constitución del equipo, singularmente en lo que al plan de acción operativo se refiere

CUARTA

Las funciones de los magistrados de enlace y de los integrantes de las redes internacionales de cooperación penal, especialmente en lo que atañe a la obtención transfronteriza de prueba penal, se hallan deficientemente reguladas en la Ley 16/2015. Es preciso un desarrollo normativo de esta norma, por cuanto estos actores pueden jugar un papel crucial en la facilitación de la obtención de prueba transfronteriza, siendo necesaria mayor seguridad jurídica en cuanto a la extensión de sus funciones.

QUINTA

Algunas de las facultades que ostenta el miembro nacional español de Eurojust, de conformidad con la Ley 16/2015, no son reflejo de la normativa europea y pueden incidir en el libre ejercicio de la actividad jurisdiccional de las autoridades judiciales españolas que emiten o ejecutan peticiones de asistencia penal internacional.

SEXTA

La intervención de Eurojust en un concreto proceso penal debe quedar debidamente documentada en las actuaciones, como garantía de que la defensa pueda tener conocimiento de su participación una vez que se haya alzado el secreto de actuaciones.

SÉPTIMA

Resulta necesario revisar críticamente la previsión, contenida en la Ley 16/2015, en virtud de la cual se atribuye eficacia directa a las investigaciones que, comenzadas en otro Estado miembro, se transmiten a España -a través de la intervención de Eurojust- para su finalización y para el posterior enjuiciamiento de los responsables

OCTAVA

La creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust, prevista en el Tratado de Lisboa y en avanzado estado de construcción normativa, permite vislumbrar un nuevo escenario donde, para los delitos contra los intereses financieros de la UE, la prueba penal transfronteriza se regirá por unas reglas propias y novedosas, pero carentes de la adecuada seguridad jurídica.

NOVENA

La obtención de prueba penal con base en el principio de disponibilidad no viene recogida en el Derecho originario de la UE, pero tiene singular importancia al posibilitar el intercambio de información disponible en otro Estado miembro en relación con datos de ADN –problemáticos, pues pueden ser inadmisibles en función del tiempo o el modo en que fueron recogidos-, con el resultado de investigaciones policiales –que no podrán usarse como prueba- o con antecedentes penales recaídos en virtud de sentencias dictadas en ese Estado –que en ocasiones necesitarán ser contrastados con la sentencia condenatoria que dio lugar a la inscripción-.

DÉCIMA

El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales es el principio fundamental de la cooperación judicial penal en la UE. La prolija actividad legislativa del legislador europeo ha venido caracterizada por una plasmación incoherente, fragmentaria y contradictoria de este principio. Debería considerarse reformular legislativamente los instrumentos de reconocimiento mutuo para hacer de ellos un auténtico sistema de normas, que vaya acompañado de la articulación de un sólido sistema de garantías para las partes que intervienen en el proceso penal.

DÉCIMA PRIMERA

Entre los instrumentos de reconocimiento mutuo promulgados por la UE y desarrollados a través de la Ley 23/2014 (LRM) cuatro inciden en la investigación y obtención de prueba. La orden europea de detención y entrega (título II LRM) y el embargo preventivo y aseguramiento de prueba (título VII LRM) lo hacen de manera accesoria o

incompleta. El exhorto europeo de prueba (título X) y la orden europea de investigación (pendiente de implementación antes de mayo de 2017) sí están íntegramente dedicados a la prueba, siendo preciso que el legislador español delimite con claridad la relación de coexistencia o derogación que habrá entre ellos; también en relación con los mecanismos de asistencia convencional que hasta ahora posibilitan obtener prueba penal dentro de la UE.

DÉCIMA SEGUNDA

El exhorto europeo de obtención de prueba tiene un estrecho ámbito que permite su aplicación únicamente en relación con los objetos, documentos y datos conocidos y disponibles. El reconocimiento mutuo se circunscribe a la incautación de éstos, no al modo para lograrlo. Específicamente, quedará siempre a criterio de la autoridad de ejecución la adopción de medidas coercitivas tendentes a la incautación. Prevé, sin embargo, la posibilidad de tomar declaraciones a quien esté presente durante su ejecución o que se aseguren elementos inicialmente no solicitados, lo que puede generar problemas de admisibilidad del objeto, documento o dato así obtenidos.

DÉCIMA TERCERA

La orden europea de investigación extiende su ámbito a cualquier medida de investigación, por lo que será el instrumento decisivo para la investigación y obtención de prueba en la UE una vez que esté implementada. En su regulación se incluyen medidas muy efectivas en las investigaciones penales, pero en ocasiones muy restrictivas de derechos fundamentales. Conviven con ellas medidas de naturaleza aseguratoria de elementos probatorios y medidas preparatorias de la investigación, como el traslado de penados.

DÉCIMA CUARTA

La diligencia de investigación recogida en la orden europea de investigación emitida, además de ser autorizada en el Estado de emisión por la autoridad competente, podrá serlo en el de ejecución; si fuera preciso, mediante autorización judicial.

DÉCIMA QUINTA

La autoridad de ejecución de una orden europea de investigación tendrá una amplia facultad (incluso, en ciertos casos, un deber) de sustitución de la medida, que viene sólo imposibilitada en relación con cinco categorías de diligencias de investigación que se especifican en la directiva, dando lugar a unas medidas privilegiadas, para las cuales el reconocimiento será prácticamente automático.

DÉCIMA SEXTA

Tanto en el exhorto europeo de obtención de prueba, como en la orden europea de investigación, hay previsión de que se salvaguarden las formalidades esenciales requeridas por la autoridad de emisión, lo que combinado con el respeto a la legislación nacional del Estado donde se practica la medida, ofrece garantías de que se haga de manera acorde con una adecuada protección de los derechos fundamentales.

DÉCIMA SÉPTIMA

La emisión del exhorto europeo de obtención de pruebas y de la orden europea de investigación están sometidas a condiciones, regidas por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida cuya práctica se interesa de la autoridad de ejecución.

DÉCIMA OCTAVA

Ambos instrumentos de reconocimiento mutuo deben documentarse en el certificado obligatorio previsto para cada una de ellos y en España sólo podrán ser emitidas por jueces y fiscales, sin necesidad de validación. No obstante, los términos en los que la fiscalía viene habilitada para emitir el exhorto exigen ciertas precisiones que no se han recogido en la LRM y que es conveniente que se recojan en la implementación de la orden europea de investigación.

DÉCIMA NOVENA

El procedimiento de emisión del exhorto y de la orden europea de investigación no puede prescindir de la intervención de las partes, que en el caso de la orden están incluso legitimadas para instarla.

VIGÉSIMA

La normativa europea no regula de forma suficiente la transmisión, a varios Estados miembros, de estos instrumentos de reconocimiento mutuo para obtención de prueba. Sería deseable una articulación normativa de la posible remisión a todo el espacio europeo a través de un sistema de información como el que sí está operativo para la orden de detención europea, que sería extraordinaria utilidad para la búsqueda o incautación de elementos con eficacia probatoria.

VIGÉSIMA PRIMERA

En materia de recursos, la normativa europea reguladora del exhorto europeo de obtención de prueba y de la orden europea de investigación descansan en demasiada medida en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, siendo ésta una materia a la que el legislador nacional de implementación deberá prestar especial atención para garantizar los derechos de la defensa.

VIGÉSIMA SEGUNDA

Asimismo, el uso de la prueba obtenida con el exhorto o con la orden europea de investigación deberá ser regulado por el legislador español de manera conforme con la protección de datos personales y con el principio de especialidad que consagra la normativa europea, evitando así problemas de admisibilidad de la prueba en otros procedimientos diferentes a aquellos para los cuales se recabó.

VIGÉSIMA TERCERA

La ejecución del exhorto europeo y de la orden europea de investigación exige un pronunciamiento judicial sobre si procede el reconocimiento y, tras éste, si procede la ejecución. Es una decisión de carácter jurídico que requiere analizar si concurren causas de denegación y que también obliga a pronunciarse sobre cómo se ejecutará la asistencia: en el caso del exhorto será preciso valorar si procede acudir a medidas coercitivas para la obtención del objeto, documento o dato; en la orden europea de

investigación habrá que analizar si debe sustituirse por otra la diligencia incluida en la orden o, por el contrario, si se llevará a cabo ésta en sus propios términos.

VIGÉSIMA CUARTA

Por la finalidad del exhorto (la incautación de un objeto, documento o dato) la fiscalía está legitimada para actuar como autoridad de ejecución en nuestro país cuando no haya que adoptar medidas que restrinjan derechos fundamentales o cuando concurra una causa de denegación, en cuyo caso la decisión quedará reservada al juez.

En el caso de la orden europea de investigación, por sus características, la ejecución sólo puede corresponder al órgano judicial, siendo aconsejable que la competencia se residencie en el Juez de Instrucción o en el Juez Central de lo Penal dependiendo de la medida de que se trate. El legislador español deberá regular debidamente los criterios de competencia territorial entre los Juzgados de Instrucción, pudiendo haber importantes variaciones en función del tipo de medida – de entre las específicamente reguladas en la orden europea de investigación – que deba practicarse.

VIGÉSIMA QUINTA

Es conveniente que la legislación española de implementación de la orden europea de investigación contemple la audiencia previa al fiscal para que informe sobre la procedencia del reconocimiento y, especialmente, sobre cómo debe llevarse a cabo la ejecución.

VIGÉSIMA SEXTA

El trámite procesal de ejecución en España de la orden europea de investigación deberá adaptarse a los especiales requisitos que la directiva prevé en función de la diligencia de investigación que deba ejecutarse: recabar el consentimiento del afectado puede ser uno de ellos si se pretende el traslado del detenido o su declaración por medios técnicos. Los términos optativos en que viene redactada la norma europea exigen que el legislador español determine si ese consentimiento se considera o no esencial en nuestro ordenamiento jurídico y lo plasme en consecuencia en la norma de trasposición.

VIGÉSIMA SÉPTIMA

Una adecuada implementación de la orden europea de investigación deberá contemplar un trámite procesal para que la autoridad española de ejecución consensue con la de emisión algunos extremos de particulares diligencias de investigación, como el régimen jurídico de los agentes encubiertos o las circunstancias en que habrá de procederse a las entregas vigiladas.

VIGÉSIMA OCTAVA

La implementación deberá tener presente que las causas de denegación de la orden europea de investigación no son coincidentes con las del exhorto europeo de prueba, especialmente en relación con la doble tipificación de la conducta, la territorialidad y la infracción de derechos fundamentales.

VIGÉSIMA NOVENA

La prueba obtenida en otro Estado a instancia de las autoridades judiciales españolas no puede ser admitida en el proceso penal español sin someterla a un filtro de adecuación a la debida protección de los derechos y libertades fundamentales. Resulta deseable una revisión de la jurisprudencia del TS sobre esta materia, de modo que el fundamento de exclusión de la prueba ilícita nacional se extienda también a la prueba transfronteriza.

TRIGÉSIMA

Para considerar admisible en el proceso penal español la prueba obtenida en el extranjero deberá tenerse en cuenta, no sólo si ha existido vulneración de derechos fundamentales de conformidad con la jurisprudencia (de mínimos) del TEDH, sino también si ha habido infracción de las garantías reguladas en el Derecho de la Unión Europea y de nuestro propio nivel nacional de protección. A tal fin debe tenerse presente que los nuevos mecanismos de cooperación judicial internacional penal disponibles para las autoridades judiciales españolas prevén la posibilidad de que éstas soliciten de la autoridad de ejecución que cumpla con los procedimientos y formalidades esenciales en nuestro ordenamiento jurídico. Estos serán distintos en función de la diligencia de investigación de que se trate. Sólo la infracción de algunos, aquellos que afecten a derechos fundamentales, debiera derivar en que la prueba transfronteriza sea tachada de ilícita.

RESUMEN EN INGLÉS (ABSTRACT)

Bilateral or multilateral criminal investigations and the need to gather evidence abroad is nowadays more and more frequent. However, it is a complex process because of the diversity of legal instruments in force in Spain. To solve the existing problems, it is crucial to develop legislation establishing common rules to issue and execute letters of requests in pursuing of transborder evidence. This new legislation should clearly specify the role of the different legal operators that participate in criminal investigations, judges, public prosecutors and legal clerks, as well as the role of the Ministry of Justice as Central Authority.

The multiple international conventions in force in Spain include provisions to request that any evidence obtained abroad be gathered following Spanish procedural formalities required under the Spanish law and jurisprudence to be admissible as evidence. The new legislation should include as an obligation that any Spanish request to other countries incorporate the description of the requirements for the requested evidence to be admissible in Spain. Likewise, it should specify how the parties in the case can participate in the issuing and in the execution procedures.

The new legislation should also address the setting up of Joint Investigation Teams, granting full authority for its constitution to the investigating judge and modifying the current law that requires for its establishment an authorization from the Ministry of Justice. Equally, the role of the Spanish public prosecutors in these joint investigation teams should be similar to the role described to them in the Spanish criminal procedures rules.

Recent legislation (Law 16/2015), does not describe with sufficient clarity the role of liaison magistrates and of the networks on international cooperation in criminal matters. It is necessary a more detailed regulation to incorporate these legal operators that can efficiently facilitate transborder evidence gathering.

Similarly, the new legislation should also describe more clearly the powers granted to the Spanish National Member at Eurojust, specifically those related to criminal investigations initiated by another Member State, to the access to Eurojust of the Spanish investigating judge in national investigations and how information of Eurojust investigations are given to the defense counsel.

Mutual recognition of criminal resolutions is the basic principle in legal cooperation within the EU. The recently enacted regulation (Law 23/2014) implements the EU legislation on criminal matters already transposed to the Spanish legal system. Three of these incorporated instruments relate to evidence gathering: European Arrest Warrant (Chapter II) includes the possibility to grab elements of evidence found at the time of arrest of a fugitive and can be surrendered along with the wanted person. Freezing orders (Chapter VII) concerns not only to assets that would be confiscated, but also to assets that can be used as evidence at trial. The European Evidence Warrant is implemented on Chapter X and it is dedicated to objects and data known and available in another Member State. The way objects and documents are gathered are left in the hands of the executing authority, including the possibility to use coercive measures.

However, the European Investigation Order, that provides a broader scope of cooperation to any investigation measure and any evidence available, has not been incorporated into the Spanish legal system yet. The European Investigation Order includes under-cover investigations, controlled deliveries, banking information, and wiretapping. Given the extension and complexity of these investigating measures, is crucial to start its transposition as soon as possible to provide for implementing tools available for stakeholders before May 2017, the deadline for the instrument to be in force. A new Chapter (number XI) should be added to Law 23/2014 implementing this new tool as the best technical and practical solution. A detailed national legislation is needed because it incorporates European data protection requirements, because it should regulate the participation of the different parties in the case and because the executing authority can evaluate if the investigation measures requested should be executed or if such evidence can be obtained by a less intrusive way to fundamental rights that those described in the request. Fundamental rights are the cornerstone of this instrument: the execution can be rejected if the European Investigation Order infringes them.

Spanish jurisprudence on the admissibility of transborder evidence is also questioned. A thorough review of Spanish case law reveals that further consideration should be given to how the transborder evidence was obtained in the other country, and if such evidence was obtained in accordance with the set of rules established by the case law of the European Court of Human Rights. Also, transborder evidence should necessarily respect the European Union rules on procedural safeguards. Finally, transborder evidence should meet the standard of protection established for nationally gathered evidence. Such levels of protection could be maintained in evidence gathered abroad if standards of admissibility and safeguards are described in all letter rogatory requests issued by Spain.

BIBLIOGRAFÍA

- AA VV, *A Manifiesto on European Criminal Procedure Law*, Zis, 2013
- AA VV, *Conflictos de Jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo* (MORÁN/GUAJARDO Coord.), Madrid, 2007
- AA VV, *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Granada, 2011
- AA VV, *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013
- AA VV, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Valladolid, 2005
- AA VV, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XIII, 2003
- AA VV, *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES coord.), Cuenca, 2007
- AA VV, *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.) Barcelona, 2013
- AA VV, *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.), Valencia, 2012
- AA VV, *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006
- AA VV, *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal* (CALDERÓN/IGLESIAS Coord.), Cizur Menor, 2009
- AA VV, *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado, Madrid, 2008
- AA VV, *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007

- AA VV, *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito* (PÉREZ GIL coord.), Madrid, 2012
- AA VV, *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales* (coord. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2008
- AA VV, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C., Dir.) Valladolid, 2010.
- AA VV, *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives* (BASSIOUNI/MILITELLO/SATZGER dir.), 2008
- AA VV, *Garantías fundamentales del proceso penal en el Espacio Judicial Europeo* (DE LA OLIVA/ARMENTA/CALDERÓN Coord.), Madrid, 2007
- AA VV, *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L., Coord.), Granada, 2008
- AA VV, *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales* (JIMENO BULNES Coord.), Valencia, 2011
- AA VV, *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa* (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir./ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord.), Cizur Menor, 2012
- AA VV, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, M., coord.), Barcelona, 2007
- AA VV, *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008
- AA VV, *La nueva ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procesos penales*, Estudios de derecho judicial, nº 117, 2007
- AA VV, *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN Dir. MUÑOZ DE MORALES Coord.), Cuenca, 2006
- AA VV, *La orden europea de detención y entrega*, Consejo General del Poder Judicial, 2008
- AA VV, *La orden europea de detención y entrega. Estudio de la Ley 2/2003 de 14 de marzo* (DÍAZ RIAZA/ GISBERT POMATA/ CARRETERO GONZÁLEZ), Cizur Menor, 2005

- AA VV, *La orden europea de protección: su aplicación a las víctimas de violencia de género* (FREIXES/ ROMÁN (Dir.); OLIVERAS/VAÑÓ (Coord.), Madrid, 2015
- AA VV, *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- AA VV, *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013
- AA VV, *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo* (DÍEZ-PICAZO, L/NIETO MARTÍN, A., dir.), Cizur Menor, 2010
- AA VV, *Nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en la Unión Europea* (BARRIENTOS PACHO J.M., Dir.), Madrid, 2007
- AA VV, *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana* (ROBLES Dir.coord.), Cizur Menor, 2013
- AA VV, *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015
- AA VV, *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (DONAIRE y OLESTI Coords.) Madrid, 2015
- AA VV, *The European Public Prosecutor's Office. Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, 2015
- AA VV, *Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (OREJA, Dir., FONSECA, coord.), Madrid, 1998
- AA VV, *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada CGPJ, Madrid, 2009
- AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, nº 2145, 2012
- AGUILERA MORALES, M., “El ne bis in idem: un derecho fundamental en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 20, 2006.
- AGUILERA MORALES, M., “Simplificación en el intercambio de información e inteligencia criminal en la Unión Europea: la decisión marco 2006/960/JAI como herramienta para su consolidación como espacio de seguridad” en AAVV, *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de*

Lisboa (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir./ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord.), Cizur Menor, 2012

- AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación fiscal*, Cizur Menor, 2015
- AGUILERA RUIZ, L., “La protección del dato de ADN en la Unión Europea y en España” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013
- ALCOCEBA GALLEGO, M.A., “La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. A.S C-503/03, Comisión Europea c. España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, 2006
- ALEGRE.S/LEAF.M., “Mutual recognition in European Judicial Cooperation: a step too far too soon? Case study- the European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, vol. 10, nº2, 2004
- ALISTE SANTOS, T., “Orden europea de detención y entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales”, en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M., Coord.), Granada, 2008
- ALMA/DONATO/LO VOI/ SPIEZIA, “Ne bis in idem (Doble peligro de condena) en Derecho internacional: la posición italiana”, en *Conflictos de Jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo* (MORÁN/GUAJARDO Coord.), Madrid, 2007
- ALONSO MOREDA, N., “Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 16, Nº 41, 2012
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, A.B., “La utilización de los medios audiovisuales en la cooperación judicial internacional”, en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M, Coord.), Granada, 2008
- ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2008
- ALVES COSTA, J.A., “Cooperación judicial entre Portugal y España. Los equipos conjuntos de investigación” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Granada, 2011
- ALVÉS COSTA J.A., y LOREDO COLUNGA, M., “El fortalecimiento de la confianza mutua: garantías procesales del imputado, estatuto de la víctima y protección de datos personales” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013

- ALVES COSTA, J.A., “La creación de la Fiscalía Europea” en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEGO, C, dir) Valladolid, 2010
- AMBOS, K., “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Número 7, 2005
- ANCÓN ORTEGO, I., “La inscripción de perfiles de ADN de condenados” en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/inscripcion-perfiles-ADN-condenados_11_816805002.html
- ANDRES SAEZ DE SANTAMARÍA, P., “La aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa”, *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado, Madrid, 2008
- ANDREU MORA, I. y PUIGCERVER ASOR, C., “Las dificultades de la armonización: la escasa aplicación del derecho procesal europeo” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa* (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir/ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord), Cizur Menor, 2012
- ANDREU MORA, I., “Las dificultades de la armonización: la escasa aplicación del derecho procesal europeo” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa* (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir/ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord), Cizur Menor, 2012
- ARANGÜENA FAENGO, C., “El derecho a la asistencia letrada y nuevos pasos para su garantía en la Unión Europea” en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.), Valencia 2012
- ARANGÜENA FANEGO, C., “De la orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEGO, Dir.) Valladolid, 2010
- ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011
- ARANGÜENA FANEGO, C., “La situación actual de la orden europea de detención y entrega: dificultades y progresos de su aplicación en el Espacio Judicial Europeo”, *Revista de Derecho Penal*, nº 20, 2007

- ARANGÜENA FANEGO, C., “Nuevas directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Granada, 2011
- ARANGÜENA FANEGO, C., “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la Orden Europea De Protección” en *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi / José Martín Ostos (coordinador)*, Barcelona, 2013
- ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “El programa de la Haya: un nuevo programa en el área de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Diario La Ley*, nº 6641, 2007
- ARMENTA DEU, T., “Aproximación del proceso penal en Europa: proceso penal europeo o europeización del proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, número 22, 2010
- ARMENTA DEU, T., “Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: guía y condicionante” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona, 2013
- ARNÁIZ SERRANO, A., “Evolución de la Cooperación Judicial Penal Internacional: en especial, la Cooperación Judicial Penal en Europa” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.), Madrid, 2013
- ARNÁIZ SERRANO, A., “La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- ASENCIO MELLADO, J.M., “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, núm. 8.009, Sección Doctrina, 25 de enero de 2013
- ASENCIO MELLADO, J.M., “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, *Diario La Ley*, núm. 8.026, Sección Doctrina, 19 de febrero de 2013
- BACHMAIER WINTER, L., “Obtención de pruebas en Europa: la función del TEDH en la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el proceso penal”, *Revista de derecho procesal*, nº 1, 2006
- BACHMAIER WINTER, L., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco” en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006
- BACHMAIER WINTER, L., “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 25, 2011

- BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012
- BACHMAIER WINTER, L., “Proceso penal y protección de los derechos fundamentales del imputado en Europa. La propuesta de Decisión Marco sobre determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea”, en *Garantías fundamentales del proceso penal en el Espacio Judicial Europeo (DE LA OLIVA/ARMENTA/CALDERÓN COORD.)*, Madrid, 2007
- BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 36, 2015
- BACHMAIER WINTER, L., “The potential contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, nº 23, 2015
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso con todas las garantías”, *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continuada CGPJ, nº22, 2004
- BARBE, E., “El principio de doble incriminación” en *La orden de detención y entrega europea (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN Dir. MUÑOZ DE MORALES Coord.)*, Cuenca, 2006
- BARLETTA, A., “El legal privilege como derecho fundamental en la UE y sus límites: el caso de la normativa sobre blanqueo de capitales” en *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo (DÍEZ-PICAZO, L/NIETO MARTÍN, A, dir.)*, Cizur Menor, 2010
- BARRIENTOS PACHO, J.M., “Ley 18/2006 de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas en procesos penales”, en *Nueva ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de prueba en procedimientos penales*, Estudios de Derecho Judicial CGPJ, 2007.
- BARTSCH, H-J., “International Cooperation in Criminal Matters within the Council of Europe” en *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives (BASSIOUNI/MILITELLO/SATZGER dir.)*, 2008
- BELLIDO PENADÉS, R., “Cooperación judicial penal y ne bis in idem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega), en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DE LA OLIVA, Dir./AGUILERA/CUBILLO Coord.)*, Madrid, 2008
- BELTRÁN MONTOLIU, A., *Los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y prueba*, Valencia, 2003

- BERNARDI, A., “Nullum crimen, nulla poene sine lege. Between European Law and National Law” en *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives* (BASSIOUNI/MILITELLO/SATZGER dir.), 2008
- BERNARDI, A./ GRANDI, C., “Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción” en *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN Dir. MUÑOZ DE MORALES Coord.), Cuenca, 2006
- BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C, dir) Valladolid, 2010
- BLANCO CORDERO, I., “El principio ne bis in idem en la Unión Europea. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005 en el asunto C-469/2003: Asunto Miraglia”, *Diario La Ley*, nº 6285, 2005
- BLANCO QUINTANA, M.J., “La comunicación de antecedentes penales entre Estados miembros. El sistema europeo de información de antecedentes penales (ECRIS)” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2013
- BLASCO LOZANO, I., “Armonización del derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XIII, 2003
- BONN, M., “El Programa de la Haya. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea”, en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007
- BORGERS, M., “International cooperation in confiscation matters and Dutch legislation: Points of attention for effective cooperation in the European Union”, *Working Paper presented at the seminar of the European Judicial Training Network International cooperation in criminal matters: freezing of assets and evidence and confiscation in cross-border criminal cases*, Brujas, 2005
- BORJÓN NIETO, J.J., *Cooperación internacional contra la delincuencia organizada transnacional*, Mexico, 2005
- BUJOSA VADELL, L., “Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004
- BUJOSA VADELL, L., “Ejecución en la Unión Europea de resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. Comentario a la

Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004

- BUJOSA VADELL, L., “El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 13, 2007
- BUJOSA VADELL, L., “El reconocimiento y ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2009
- BUJOSA VADELL, L., “Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal”, *Diario La Ley*, 5627, 2002
- BUJOSA VADELL, L., “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega, en torno a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2009 (asunto C-388/08)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 20, 2010
- BUJOSA VADELL, L., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona, 2008
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La Orden Europea De Protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español” en *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi / José Martín Ostos (coordinador)*, Barcelona, 2013
- CABEZUDO BAJO, M.J., “Fiabilidad y licitud de la prueba de ADN en la UE y en España” en *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito (PÉREZ GIL coord.)*, Madrid, 2012.
- CABEZUDO BAJO, M.J., “La protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DE LA OLIVA, Dir./AGUILERA/CUBILLO Coord.)*, Madrid, 2008
- CALAZA LOPEZ, S., *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid, 2005
- CALAZA-RAMUDO LÓPEZ, S., “Cooperación judicial internacional. Extradición y euroorden”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 2, 2003
- CALDERÓN CUADRADO, M.P., “Contra la armonización positiva- y procesal- en la Unión Europea” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir./ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord.)*, Cizur Menor, 2012
- CALDERÓN CUADRADO, M.P., “Hacia la uniformidad y mayor visibilidad de las garantías procesales penales en la Unión Europea (Reflexiones

para una revisión de sus puntos de partida)”, en *Garantías fundamentales del proceso penal en el Espacio Judicial Europeo* (DE LA OLIVA/ARMENTA/CALDERÓN COORD.), Madrid, 2007

- CALDERÓN CUADRADO, M.P., “Los derechos de la defensa. Una visión crítica de su reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008

- CALONGE VELÁZQUEZ, A., “Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 10, 2006

- CAMPANER MUÑOZ, J., *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, tesis, Madrid, 2015

- CARMONA BERMEJO, J., “Instituciones de apoyo a la Cooperación: Red Judicial Europea, Eurojust, Europol, Interpol, Magistrados de enlace, IberRed” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013

- CARMONA RUANO, M., “Formas específicas de asistencia judicial (II). La adaptación a las (así llamadas) nuevas tecnologías” en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XIII, 2003

- CARRASQUERO CEPEDA, M., “Orden Europea de Protección: un paso adelante en la protección de las víctimas”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, Nº. 2, 2014

- CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Requiem por las decisiones marco: a propósito de detención europea”, *Revista europea de estudios internacionales*, 2007

- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “Instrumentos de asistencia policial en la Unión Europea: de Schengen a las estructuras orgánicas de cooperación policial” en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M, Coord.), Granada, 2008

- CASTILLEJO MANZANARES, R., “El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 587, 2003

- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Espacio Schengen” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013

- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Intercambio de información policial en el marco de la Unión Europea” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006

- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento Español de Emisión y Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega*, Cizur Menor, 2005

- CAVERO LATAILLADE, I., “El significado del Tratado de Maastricht”, en *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (OREJA, Dir., FONSECA, coord.), Madrid, 1998
- CEDEÑO HERNÁN, M., “De la extradición a la euroorden: un cambio necesario (Análisis del procedimiento de detención y entrega europeo a la luz de la Ley 3/2003 de 14 de marzo)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2004
- CEDEÑO HERNÁN, M., “El reconocimiento mutuo de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados en rebeldía del acusado en la Unión Europea” en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa* (DE LA OLIVA SANTOS/CALDERÓN CUADRADO Dir./ CEDEÑO HERNÁN/PARDO IRANZO Coord.), Cizur Menor, 2012
- CEDEÑO HERNÁN, M., “La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del non bis in idem como motivo de denegación”, en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006
- CEDEÑO HERNÁN, M., “Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 199/2009, de 28 de septiembre”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 20, 2010
- CEDEÑO HERNÁN, M., *La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Thomson Reuters, 2010
- CEDEÑO HERNÁN/AGUILERA MORALES, “El principio non bis in idem a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008
- CEREIJO SOTO, A., “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso”, *Diario La Ley*, nº 7989, 2010
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de derecho judicial, 2003
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., “Un nuevo impulso a las garantías procesales de las víctimas en la Unión Europea” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona, 2013
- CID MUÑOZ, M.I., *La Corte Penal Internacional*, Madrid, 2008
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Conflictos de jurisdicción, non bis in idem y litispendencia internacional en la Unión Europea” en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007

- CONTRERAS CEREZO, P.V., “El Tribunal Constitucional no consiente la ejecución de Euroórdenes por sentencias de condena dictadas en rebeldía o ausencia”, *Diario La Ley*, nº 7303, 2009
- CONWAY, G., “Judicial interpretation and the Third Pillar. Ireland’s acceptance of the European arrest warrant and the Gözütok and Brügge case”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2005
- CORTÉS MARTÍN, J.M., “La Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y su cuestionada validez ante el TJCE: comentario a la STJE de 3 de mayo 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 15, 2008
- CUERDA RIEZU, A., “La extradición y la orden europea de detención y entrega”, *Revista Cenipec*, nº 25, 2006
- CUETO MORENO, C., “La Orden Europea de Protección. Análisis de la Directiva 2011/99/UE. Su transposición en el ordenamiento jurídico español”, Cuadernos Digitales de Formación Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014
- DE HOYOS SANCHO, M., “La orden europea de protección: Estudio de la Iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa / Arangüena Fanego (Coordinadora)*, Granada, 2011
- DE HOYOS SANCHO, M., “Archivo y conservación de registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN. Sentencia TEDH S y Marper contra Reino Unido, de 4-12-2008 y la regulación española sobre obtención y registro de identificadores obtenidos a partir del ADN del sospechoso o imputado”, *Estudios de Derecho Judicial*, 2009
- DE HOYOS SANCHO, M., “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales* (coord. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2008
- DE HOYOS SANCHO, M., “Eficacia transnacional del non bis in idem y denegación de la euroorden”, *Diario La Ley*, nº 6330, 2005
- DE HOYOS SANCHO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea”, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, coord.), Barcelona, 2007
- DE HOYOS SANCHO, M., “Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013

- DE HOYOS SANCHO, M., “Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C, Dir.) Valladolid, 2010
- DE HOYOS SANCHO, M., “Euro-orden y causas de denegación de entrega”, *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005
- DE JORGE MESAS, L.F., “Redes de cooperación judicial penal en el mundo: la conexión global de redes”, Centro de Estudios Jurídicos, 2015
- DE KERCHOVE, G., “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (I)”, *La orden europea de detención y entrega* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN DIR. MUÑOZ DE MORALES COORD.), Cuenca, 2006
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “La regla non bis in idem en el derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas”, *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008
- DE LEÓN VILLALBA, F.J., “Sobre el sentido del axioma non bis in idem”, *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENAS, E., “El intercambio de información policial y de servicios de inteligencia” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa”, en *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Cuadernos de Derecho Judicial, volumen 23, 1995
- DE MOOR, S., “The Difficulties of Joint Investigation Teams and the Possible Role of Olaf”, en *Evidence Gathering and Joint Investigation Teams*, *Eucrim*, 3/2009
- DE PRADA SOLAESA, J.R., “Terrorismo: convenios sectoriales. Financiación y blanqueo” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.) Madrid, 2013
- DE WREE, “Law enforcement information exchange in the pre-operational phase of a J.I.T”, en *Joint investigation teams in the European Unión: from theory to practice*, RIJKEN/VERMEULEN, The Hague, 2006
- DEL MORAL GARCÍA, A., “Últimas tendencias en materia de prueba ilícita” Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014

- DEL MORAL TORRES, A., “La cooperación policial en la Unión Europea: propuesta de un modelo europeo de inteligencia criminal”, *Real Instituto Elcano*, nº 50, 2010
- DEL MORAL TORRES, A., *Cooperación policial en la Unión Europea*, Madrid, 2011
- DEL POZO PÉREZ, M., “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M, Coord.), Granada, 2008
- DEL POZO PÉREZ, M., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea (1)”, *Diario La Ley*, nº 6164, 2005
- DELGADO CÁNOVAS, J.B., *Naturaleza y estructura básica del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Granada, 2000
- DELGADO MARTÍN, J., “El Juez en la construcción del espacio judicial europeo”, *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales* (coord. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2008
- DELGADO MARTÍN, J., “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, *Diario La Ley*, 2000
- DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XIII, 2003
- DEMETRIO CRESPO, E., “El caso Darkazanli acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la orden de detención europea”, en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007
- DEMETRIO CRESPO, E., “El caso Darkazanli acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la orden de detención europea” en www.cienciaspenales.net
- DÍAZ PITA, M^a P., “La Directiva 2011/99/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden europea de protección: su aplicación en España a las víctimas de violencia doméstica y de género”, *Ciencia jurídica*, 2013
- DÍAZ PITA, M^a P., “A propósito de la adopción de la Orden europea de protección en España en el ámbito de la violencia doméstica y de género”, *Revista de derecho y proceso penal Aranzadi*, nº 32, 2013
- DIAZ PITA, M^a P., “Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley

Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional ”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 9, 2005

- DÍAZ PITA, Mª P., “Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal [DOUE L 130, de 1-V-2014], *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 2 n. 2, 2015
- DÍAZ PITA, Mª P., “La lucha contra los delitos transfronterizos y no transfronterizos en la Unión Europea: los instrumentos de investigación transfronteriza y el principio de reconocimiento mutuo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013
- DÍAZ PITA, M.P., “La orden europea de protección (directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011): su adopción en el ámbito de la violencia doméstica y de género en el marco del derecho procesal penal español” en *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi / José Martín Ostos (coordinador)*, Barcelona, 2013
- DIETRICH PLAZA, C., “El Tratado de Prüm en el marco de la regulación de la protección de datos personales en la U.E”, *El Tratado de Prüm, Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 7, 2007
- DIEZ DE VELASCO, M., *Las organizaciones internacionales*, Madrid, 2008
- DÍEZ MORENO, F., *Manual de derecho de la Unión Europea. Revisada, puesta al día y adaptada al Tratado de Lisboa*, Madrid, 2009
- DIEZ RIAZA/GISBERT POMATA/CARRETERO GONZÁLEZ, *La orden europea de detención y entrega. Estudio de la Ley 3/2003 de 14 de marzo*, Cizur Menor, 2005
- DONAIRE VILLA, F.J., “¿De qué hablamos cuando hablamos de coordinación en el ámbito de la Unión Europea y por tanto del ELSJ?” en, *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (DONAIRE y OLESTI Coords.), Madrid, 2015
- DONAIRE VILLA, F.J., “El acervo de Schengen como instrumento y escenario de coordinación en el espacio de libertad, seguridad y justicia” en *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (DONAIRE y OLESTI Coords.), Madrid, 2015
- ESCALADA LÓPEZ, M.L., “Instrumentos orgánicos de cooperación judicial: magistrados de enlace, red judicial europea y Eurojust”, en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, M, coord.), Barcelona, 2007
- ESPINA RAMOS, J.A., “¿Hacia una fiscalía europea?” en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C, dir), Valladolid, 2010

- ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo” en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.), Valencia 2012
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Vicisitudes de la orden europea de detención y entrega. El caso alemán en particular (1)”, *Diario La Ley*, nº 6613, 2006
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “Vicisitudes de la orden europea de detención y entrega. El caso alemán en particular (2)”, *Diario La Ley*, nº 6614, 2006
- FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., “El tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y de Amsterdam: una visión comparativa”, *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*, Granada 2000
- FICHERA, M., “The european arrest warrant and the sovereign state: A marriage of convenience?”, *European Law Journal*, v. 15, 2009
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Proceso penal europeo y garantías jurisdiccionales de los derechos en la Europa unida”, en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M, Coord.), Granada, 2008
- FONSECA MORILLO F.J., “La orden de detención y entrega europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, 2003
- FONSECA MORILLO, F.J., “Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa” en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C., dir), Valladolid, 2010
- FRASCHINA, A., “Una nueva jurisdicción penal de carácter internacional: El tribunal especial para el Líbano”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2008
- GARCÍA GARRIDO, M., *Iniciación al Derecho*, Madrid, 2001.
- GARCIA MORENO, J.M., “Cincuenta años del convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2009
- GARCÍA MORENO, J.M., “El Convenio de Asistencia Judicial Penal de 1959” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.), Madrid, 2013

- GARCÍA MORENO, J.M., “La asistencia penal internacional a través de la videoconferencia”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2012
- GARCIA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S., “El largo camino hacia la construcción de un espacio judicial europeo” en *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (DONAIRE y OLESTI Coords.)*, Madrid, 2015
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., “Derecho al interrogatorio de testigos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un examen a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo” en *El espacio europeo de Libertad, seguridad y justicia. Avances y Derechos fundamentales en materia procesal (coord. CALDERÓN CUADRADO/IGLESIAS BUHIGUES)*, Cizur Menor, 2009
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., “Motivos de paralización de la orden europea de detención y entrega: denuncia y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada. Comentario a las SSTC 339/2005 de 20 de diciembre de 2005 y 81/2006 de 13 de marzo de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, 2006
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Granada, 2001
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea”, en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro (ARMENTA/GASCÓN/CEDENO Coord.)*, Madrid, 2006.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2007
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales. (Reflexiones a la luz de la jurisprudencia española)” en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.)*, Valencia 2012
- GASCÓN INCHAUSTI, F., Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes, *Poder Judicial*, 2010.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “Derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales en el marco de la Unión Europea. Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana (ROBLES dir.coord)*, Cizur Menor, 2013

- GIMENO SENDRA, V., "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO)", *Diario La Ley*, núm.8.021, Sección Tribuna, 12 de febrero de 2013.
- GIMENO SENDRA, V., "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASECIO)", *Diario La Ley*, núm. 8.027, Sección Tribuna, 20 de febrero de 2013
- GLESS, S., "Free movement of evidence in Europe", *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006
- GLESS, S., "Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights", *European Evidence Warrant* (J.A.E. Vervaele, ed), Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005
- GÓMEZ CAMPELO, E., "Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la orden europea de detención y entrega", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006
- GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., "El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Orden de Detención Europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo", *Diario La Ley*, 2004
- GONZÁLEZ CANO, M.I., "La armonización de las garantías procesales penales en la Unión Europea" en *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO Coord.), Valencia, 2012
- GONZÁLEZ CANO, M.I., "La propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal", en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., "Efectividad de los derechos fundamentales en el plano internacional: la ejecución en España de los dictámenes y decisiones internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales", en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Ejecución de resoluciones de decomiso" en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, coord.), Barcelona, 2007

- GONZÁLEZ MAS, J.L., “Cooperación internacional en el ámbito policial”, en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M, Coord.), Granada, 2008
- GONZÁLEZ VEGA, I.U., “Instrumentos multilaterales en el ámbito de las Naciones Unidas. La jurisdicción penal internacional” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO Dir.), Madrid, 2013
- GRANDE-MARLASKA GÓMEZ/DEL POZO PÉREZ, “La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011
- GUAJARDO/IRURZUN/JIMÉNEZ/MORÁN/SANZ, “Conflictos de jurisdicción internacionales: aplicación del principio ne bis in idem. Solución para determinar la mejor jurisdicción competente”, en *Conflictos de Jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo* (MORÁN/GUAJARDO Coord.), Madrid, 2007
- GUERRERO PALOMARES, S., “La configuración del Derecho fundamental al proceso justo, debido o equitativo (fair trial o due process) en el ámbito de la Unión Europea” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana* (ROBLES dir.coord), Cizur Menor, 2013
- GUILD E/MARIN L., *Still not resolved? Constitutional Issues of the European Evidence Warrant*, The Netherlands, 2009
- GUTIERREZ ZARZA, A., “Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust” en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C, dir) Valladolid, 2010.
- GUZMÁN FLUJA, V.C., “El agente encubierto y las garantías del proceso penal” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- HAMILTON, J., “Mutual assistance in criminal matters in Ireland and the Proposed European Evidence Warrant”, *ERA Forum*, 2005
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo”, *Estudios de derecho judicial* nº 155, Consejo General del Poder Judicial, 2009
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valencia, 2006
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “La jurisprudencia del TJUE en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia y las competencias de los Estados miembros” en *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (DONAIRE y OLESTI Coords.), Madrid, 2015

- IMPALA, F., “The European Arrest Warrant in the Italian legal system. Between mutual recognition and mutual fear within the European area of Freedom, Security and Justice”, *Utrecht Law Review*, 2005
- IRURZUN MONTORO, F., “La convención europea. Líneas de desarrollo en materia de cooperación judicial penal”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número XIII, 2003
- IRURZUN MONTORO, F., “El diseño institucional de los órganos de cooperación en materia policial y judicial penal: COSI, Europol, Eurojust y el Fiscal Europeo” en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007
- IRURZUN MONTORO, F., “El proceso de adaptación de la Decisión Marco en los 15 Estados miembros”, en *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES coord.), Cuenca, 2006
- IRURZUN MONTORO, F., “Principio de confianza y reconocimiento mutuo. Su reflejo en la ejecución de resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas en la Unión Europea”, en *Nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en la Unión Europea* (BARRIENTOS PACHO J.M dir), Madrid, 2007
- JIMENEZ CRESPO, L.M., “Cuestiones prácticas del Título X de la ley 23/2014: exhorto europeo de obtención de pruebas” en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., (Coords.), Cizur Menor, 2015
- JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P., “Reflexiones sobre la puesta en aplicación, en su totalidad, el 26 de marzo de 1995, del convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990”, *Revista de Instituciones Europeas*, número 3, 1995
- JIMENEZ FERNANDEZ, R., “Los equipos conjuntos de investigación”, en *El derecho penal de la Unión Europea, Situación actual y perspectivas de futuro* (coord. MUÑOZ DE MORALES), Cuenca, 2007
- JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., “La obtención de pruebas en la Unión Europea: del exhorto europeo de obtención de pruebas al exhorto europeo de investigación” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana* (ROBLES dir.coord), Cizur Menor, 2013
- JIMENEZ VILLAREJO, C., “Reflexiones sobre el concepto de corrupción a propósito de la orden de detención europea”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 560, 2002

- JIMENEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias. Comentarios a la Ley 1/2008 de 4 de diciembre” en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C, dir), Valladolid, 2010
- JIMENEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias: comentarios al Anteproyecto de Ley” en *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales* (coord. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2008
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “El derecho fundamental a ser asistido por un abogado y por un intérprete” en *La traducción y la interpretación jurídicas en la Unión Europea. Retos para la Europa de los ciudadanos* (ORTEGA ARJONILLA dir.), Granada, 2008
- JIMENEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La red de fiscales de cooperación judicial internacional. Especial referencia a la Instrucción 2/2003 de la Fiscalía General del Estado” en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Granada, 2011
- JIMENO BULNES, M., “Acceso a la interpretación y traducción gratuitas” en *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea* (ARANGÜENA FANEGO coord.), Valladolid, 2007
- JIMENO BULNES, M., “El modelo de espacio judicial europeo en materia penal antes y después de Lisboa: ¿justicia versus seguridad o seguridad versus justicia? en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona, 2013
- JIMENO BULNES, M., “El principio de non bis in idem en la orden de detención europea: régimen legal y tratamiento jurisprudencial”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008
- JIMENO BULNES, M., “La adopción de medidas cautelares de carácter personal con motivo de la ejecución de una orden europea de detención y entrega”, *Revista Penal*, nº 16, 2005
- JIMENO BULNES, M., “La conclusión el Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal (1)”, *Diario La Ley*, número 7023, 2008
- JIMENO BULNES, M., “Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal”, *Espacio Europeo de Libertad*,

Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal (ARANGUENA FANEGO, C, dir), Valladolid, 2010

- JIMENO BULNES, M., “Orden de detención europea”, en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, coord.), Barcelona, 2007
- JIMENO BULNES, M., “Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales”, en *El Proceso Penal en la Unión Europea: garantías esenciales* (DE HOYOS SANCHO, coord.), Valladolid, 2008
- JIMENO BULNES, M., “Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea”, en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Barcelona, 2007
- JIMENO BULNES, M., “Un caso concreto: el derecho a la interpretación y traducción gratuita” en *Garantías fundamentales del proceso penal en el Espacio Judicial Europeo* (DE LA OLIVA/ARMENTA/CALDERÓN coord.), Madrid, 2007
- JIMENO FERNÁNDEZ, F., “Algunas reflexiones sobre el principio ne bis in idem y el artículo 54 del Convenio de Aplicación Schengen”, *Diario La Ley*, nº 6496, 2006
- JUSTICE, “Briefing on the European Investigation Order. For Council and Parliament. August 2010”, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2010/aug/eu-justice-briefing-eio.pdf>
- LARA LÓPEZ, A., “El derecho a la información en los procesos penales en la Unión Europea. Un estudio sistemático de la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana* (ROBLES dir.coord), Cizur Menor, 2013
- LICATA, F., “El principio de reconocimiento mutuo y su desarrollo” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.) Madrid, 2013
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA M., “La cooperación judicial penal en el Tratado de Lisboa” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona, 2013
- LÖÖF, R., “54 CISA and the Principles of ne bis in idem”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007
- LOPES DA MOTA, J.L., “Espacio judicial europeo y Eurojust”, en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007
- LOPES DA MOTA, J.L., “Eurojust and its role in Joint Investigation Teams”, en *Evidence Gathering and Joint Investigation Teams*, Revista Eucrim,

nº 3, 2009

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Límites en la investigación de los delitos conforma a la doctrina del TEDH”, *Estudios de derecho judicial* nº 155, Consejo General del Poder Judicial, 2009
- LÓPEZ ESCUDERO, M., “El TJCE y la aplicación uniforme del derecho comunitario tras el Tratado de Amsterdam”, en *Las incertidumbres de la Unión Europea tras el tratado de Amsterdam*, Barcelona, 2000
- LÓPEZ GIL, M., “La orden europea de protección” en *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional Iberoamericana* / Juan Antonio Robles Garzón (director-coordinador), Cizur Menor, 2013
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “Convenios bilaterales y de la Unión Europea con terceros. Especial referencia al Convenio EU-EEUU” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.) Madrid, 2013
- LOURIDO RICO, A., *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Valencia, 2004
- LUCHTMAN, M., “Choice of forum in an area of freedom, security and justice”, *Utrecht Law Review*, volumen 7, 2011
- MANGAS MARTÍN, A., *Tratado de la Unión Europea y Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1992
- MANGAS MARTÍN, A./ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2010
- MANTECA VALDELANDE, V., “Eficacia de embargos y pruebas del proceso penal en el ámbito europeo”, *Diario La Ley*, nº 6592, 2006
- MANTECA VALDELANDE, V., “Ley para la eficacia judicial de embargos y pruebas del procedimiento penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 712, 2006
- MARIN, L., “A Spectre is Haunting Europe: the constitutionality of the EAW vs. the principle of non-discrimination based on nationality”, *Working paper series University of Twente*, nº 12, 2010
- MARIN, L., “The European Arrest Warrant and Domestic legal orders. Tensions between mutual recognition and fundamental rights: the Italian case”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, 2008
- MARIN, L., “The European Arrest Warrant in the Italian Republic”, *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008
- MARTIN DIZ, F., “Cooperación policial y judicial en materia penal en España: particularidades transfronterizas en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *Revista del Poder Judicial*, número 61, 2001

- MARTIN DIZ, F., “Los equipos conjuntos de investigación como técnica de cooperación procesal en la Unión Europea”, *Revista del Poder Judicial*, número 78, 2005
- MARTÍN OSTOS, J., “La presunción de inocencia en la justicia penal europea del siglo veintiuno” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona 2013
- MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el Tercer Pilar*, Navarra, 2009
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., “La orden de investigación europea. Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España (I)” *La Ley Penal*, nº 106, 2014
- MARTÍNEZ PÉREZ, F. y POZA CISNEROS, M. “El principio de disponibilidad: antecedentes penales y Convenio de Prüm” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.), Madrid, 2013
- MAURO, C., en “La Decisión Marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- MELLADO PRADO, P., “El funcionamiento de las instituciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006
- MIGUEL KÜHN, W., “Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12, 2007
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 2004
- MIRANDA RODRIGUES, A., “El papel del tribunal de justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES coord.), Cuenca, 2007
- MIRANDA RODRIGUES, A., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid, 2008
- MOLINA CABALLERO, M.J., “Estatuto de la víctima en el proceso penal en la UE. De la Decisión Marco 2001/220 a la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito” en *Nueve estudios para informar un*

proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana (ROBLES dir.coord), Cizur Menor, 2013

- MOLINA MANSILLA, C., “La protección de la víctima en el espacio europeo: la orden europea de protección”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 92, 2012
- MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “Conflictos de jurisdicción, ne bis in ídem y transferencia de procedimientos” en *Cooperación judicial penal en Europa (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.)* Madrid, 2013
- MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal (ARANGUENA FANEGO, C, dir)*, Valladolid, 2010
- MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas. La ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las Decisiones Marco”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII, 2003
- MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “Embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en el proceso penal”, en *El Proceso Penal en la Unión Europea: garantías esenciales (DE HOYOS SANCHO, coord.)*, Valladolid, 2008,
- MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “La Decisión Marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006.
- MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “Obtención y utilización de la prueba transnacional”, *Revista de Derecho Penal*, nº 30, 2010
- MORENO CATENA, V., /CASTILLEJO MANZANARES, R., *La persecución de los delitos en el convenio de Shengen*, Valencia, 1999
- MORENO CATENA, V., “El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas desde el Tratado de Lisboa” en *Cooperación judicial penal en Europa (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.)*, Madrid, 2013
- MORENO CATENA, V., “El espacio judicial y penal en el marco del Convenio de Schengen. Las medidas de investigación de delitos”, en *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 23, 1995
- MORENO CATENA, V., “La cooperación judicial internacional en iberoamerica. El papel de IberRed”, *Diario La Ley*, nº 7309, 2009
- MORGADE CORTÉS, M., “La orden europea de protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, nº. 3, 2014

- MOURAZ LOPES, J., “Delincuencia organizada, droga y corrupción” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.), Madrid, 2013
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “El principio de interpretación conforme de las decisiones marco: ¿hacia el efecto directo? Especial referencia al caso Pupino” en *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES coord.), Cuenca, 2007
- MURPHY, C.C., “The European Evidence Warrant: mutual recognition and mutual (dis) trust?” en *Crime within the area of freedom, security and justice: a european public order*, 2011
- NAVARRO BATISTA, N., “Déficit democrático y reforma de las instituciones comunitarias”, *Las incertidumbres de la Unión Europea tras el tratado de Amsterdam*, Barcelona, 2000
- NIETO MARÍN, A., “El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional” en *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo* (coord. Díez Pícazo, L.M, y NIETO MARTÍN, A), Cizur Menor, 2010
- NIETO MARTÍN, A., “El principio de *ne bis in idem* en el derecho penal europeo e internacional”, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007
- NIETO MARTÍN, A., “Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal”, en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, volumen 61, 2004
- OLÁSOLO, H., *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional* (KAI AMBOS, EZEQUIEL MALARINO Y GISELA ELSNER ed) Alemania, Uruguay, 2007
- ONDREJOVA, A., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en la República Eslovaca”, en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- ORDOÑEZ SOLÍS, D., “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de estudios políticos*, nº 119, 2003
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa: reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía europea y sobre el papel de Eurojust”, *La Ley penal*, 2009
- ORMAZÁBAL SANCHEZ, G., “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de reconocimiento mutuo. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006

- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana (especial consideración de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005”, *Diario La Ley*, nº 6394, 2006
- ORTEGA HERRÁEZ, J.M., *Interpretar para la Justicia*, Granada, 2011
- ORTIZ PRADILLO, J.C., “Juicio oral y videoconferencia: incidencia en el derecho de defensa del acusado”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (DE LA OLIVA, Dir./AGUILERA/CUBILLO Coord.), Madrid, 2008
- ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Madrid, 2014.
- PALOMO DEL ARCO, A., “Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios”, en *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII, 2003
- PALOMO DEL ARCO, A., “Cooperación judicial penal en Europa”, en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 4, 2002
- PALOMO DEL ARCO, A., “Intercambio de información sobre condenas penales en el Espacio Judicial Europeo. Descripción y apuntes críticos” en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (ARANGÜENA FANEGO Coord.), Granada, 2011
- PALOMO DEL ARCO, A., “Otros convenios” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.) Madrid, 2013
- PAMFIL, M.L., “Judicial cooperation based on European Evidence Warrant” , 2009, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1412332>
- PANDO ECHEVARRÍA, I., “Sanciones pecuniarias” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.) Madrid, 2013
- PARRA GARCÍA, J., “El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, en *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII, 2003
- PARRA GARCÍA, J., “Recursos legales de cooperación penal: la práctica de notificaciones y el traslado de documentos procesales y resoluciones judiciales. El intercambio de información y la petición de antecedentes penales comunitarios. Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959 y 2000 y Decisión 2005/876/JAI”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2007.
- PASCUAL SERRATS, R., “Determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea”, en *Garantías fundamentales del proceso penal en el Espacio Judicial Europeo* (DE LA OLIVA/ARMENTA/CALDERÓN coord.), Madrid, 2007

- PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, 2008
- PAVÓN PÉREZ, J., “La labor del Consejo de Europa en la lucha contra la cibercriminalidad: el protocolo adicional al convenio número 185 sobre cibercriminalidad relativo a la incriminación de actos de naturaleza racista y xenófobos cometidos a través de los sistemas informáticos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2003
- PEERS, S., “Statewatch Analysis – The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty”, disponible en <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>, 2010
- PEERS, S., “Statewatch Analysis – Update The Proposed European Investigation Order”, <http://www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf>, 2010
- PEERS, S., “Mutual recognition and Criminal Law in the European Union. Has the Council Got it Wrong?”, *Common Market Law Review*, 2004
- PEITEADO MARISCAL, P., “El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la Unión Europea” en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO coord.), Madrid, 2006
- PENÍN ALEGRE, C., “La orden de detención europea” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.) Madrid, 2013
- PÉREZ BUSTAMANTE, R., “El significado del Tratado de Maastricht”, en *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (OREJA, dir, FONSECA, coord.), Madrid, 1998
- PÉREZ CEBADERA, M.A., *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*, Valencia, 2008
- PÉREZ GIL, J., “Convenio de asistencia judicial penal” en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, coord.), Barcelona, 2007
- PEREZ GIL, J., “El convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?”, *Diario La Ley*, Número 6208, 2005
- PÉREZ GIL, J., “Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el Convenio sobre el Cibercrimen”, *Actualidad penal*, 2003
- PÉREZ GIL, J., “Equipos conjuntos de investigación penal”, en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, M, coord.), Barcelona, 2007

- PÉREZ MARÍN, M.A., “Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial europeo: las medidas alternativas a la prisión provisional y el embargo preventivo previo al decomiso de los efectos procedentes del delito” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona, 2013
- PÉREZ SOUTO, G., *La cooperación judicial en la Unión Europea: Eurojust y sus principales desafíos frente a la delincuencia transnacional grave*, tesis, 2014
- PEYRÓ LLOPIS, A., “La protección de las víctimas en la Unión Europea : la Orden europea de protección”, *Revista española de derecho europeo*, nº 46, 2013
- PISANO, M., “Ne bis in idem y cooperación judicial europea” en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (ARROYO/NIETO coord.), Cuenca, 2007
- PONS RAFOLS, F.X., “La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 16, 2003
- POZA CISNEROS, M., “El convenio de 2000” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.), Madrid, 2013
- POZO PÉREZ, M., “La orden europea de protección: especial referencia a las víctimas de violencia de género” *Revista europea de derechos fundamentales*, nº 19, 2012
- QUINTERO OLIVARES, G., “La política común europea sobre terrorismo, el mandato de arresto y entrega y el conflicto hispano-alemán” en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN dir. MUÑOZ DE MORALES, coord.), Cuenca, 2007
- QUINTERO OLIVARES, G., “Lugar de comisión del delito. El principio de territorialidad. Estado miembro de ejecución y de emisión” en *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN Dir. MUÑOZ DE MORALES coord.), Cuenca, 2006
- QUINTERO OLIVARES, G./GONZALEZ CUSSAC, J.L., “Sobre una política criminal europea” en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política criminal europea*, Valencia, 2009
- RAFARACI, T., “Ne bis in idem y conflictos de jurisdicción en materia penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C, dir) Valladolid, 2010

- RAFARACI, T., “Procedural safeguards and the principle of ne bis in idem in the European Union” en *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives* (BASSIOUNI/MILITELLO/SATZGER dir.), 2008
- REVILLA PÉREZ, L., “El secretario judicial y la cooperación jurídica internacional” en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (MARTÍN OSTOS coord.), Barcelona, 2013
- RIJKEN AND VERMEULEN, “The legal and practical implementation of JITS: the bumpy road from EU to member State level” en *Joint investigation teams in the European Unión: From Theory to Practice*, RIJKEN/VERMEULEN, The Hague, 2006
- RIJKEN C., “Conclusions and recommendations”, en *Joint investigation teams in the European Unión: from theory to practice*, RIJKEN/VERMEULEN, The Hague, 2006
- RIJKEN C., “Joint Investigation teams: principles, practice and problems. Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT”, *Utrecht Law Review*, vol.2, 2006
- RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., “El exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (comentario sobre la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008)” en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 19, 2009
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensiones transfronterizas” en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M, coord.), Granada, 2008
- RODRIGUEZ J.M./ SORROZA BLANCO A., “El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la próxima Presidencia Española de 2010. Parte 2º: el Programa de Estocolmo- más derechos, más seguridad, más Europa en el mundo-”, *ARI Real Instituto Elcano*, nº 174, 2009
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de comunicaciones en la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal”, www.sepin.es, mayo 2015
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La orden europea de protección”, *La Ley*, nº 7854, 2012,
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.” La orden europea de protección: crónica de un fracaso anunciado”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 172, 2012
- RODRIGUEZ SOL, L., “El empleo de la videoconferencia en la asistencia judicial penal internacional”, *Diario La Ley*, 2007

- RODRIGUEZ SOL, L., “El nuevo convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, 2001
- RODRIGUEZ SOL, L., “Los magistrados de enlace”, *Diario La Ley*, nº 4, 2000
- RODRIGUEZ YAGUE, C., “La justicia universal y el principio de ne bis in idem” en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. y SEBASTIÁN MONTESINOS, A., *Manual práctico de reconocimiento mutuo penal en la Unión Europea*, Valencia, 2015.
- SALCEDO VELASCO, A., “Orden europea de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, decomiso y exhorto europeo” en *Cooperación judicial penal en Europa* (ARNÁIZ Coord. CARMONA/GONZÁLEZ/MORENO dir.), Madrid, 2013
- SALCEDO VELASCO, A., “Mecanismos procesales de cooperación judicial” en *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 23, 1995
- SAN JOSÉ GONZÁLEZ, A., “Los equipos conjuntos de investigación y la posibilidad de su aplicación a la investigación de los delitos de trata de seres humanos”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2012
- SÁNCHEZ BARRIOS, I., “Las comisiones rogatorias como vía de cooperación judicial internacional” en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L.M, Coord.), Granada, 2008
- SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega”, *Revista penal*, nº 24, 2009
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La Euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista europea de estudios internacionales*, 2007
- SÁNCHEZ SISCART, J.M., “Prueba practicada en el extranjero” en *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada CGPJ, Madrid, 2009
- SANTOS VARA, J., “El alcance del principio non bis in idem en el marco del convenio Schengen (comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, 2003
- SANTOS VARA, J., “Las consecuencias de la integración de Europol en el Derecho de la Unión Europea (comentario a la Decisión del Consejo 2009/371/JAI de 6 de abril de 2009)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 20, 2010

- SANZ HERMIDA, A., “Hacia una tutela transnacional de las víctimas de delitos. Luces y sombras de la nueva Orden Europea de protección” en *Problemas actuales de la justicia penal: secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales* / Nicolás González-Cuéllar Serrano, director; Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo, coordinadores, Madrid, 2013
- SANZ HERMIDA, A., “De nuevo sobre los elementos y presupuestos para el reconocimiento del principio de non bis in idem con alcance transnacional: las SSTJUE en los asuntos Bourquain y Turansky”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 18, 2009
- SANZ HERMIDA, A., “La nueva directiva sobre los derechos de interpretación y traducción en los procesos penales”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 22, 2010
- SANZ HERMIDA, A., “Problemas de aplicación de la orden de detención europea: a propósito de la SSTJUE de 17 de julio, de 12 de agosto y de 1 de diciembre de 2008”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 17, 2009
- SANZ HERMIDA, A.M., “Sobre la delimitación de los mismos hechos en la aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem regulada en el artículo 54 del CAAS”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DE LA OLIVA, Dir./ AGUILERA/CUBILLO Coord.)*, Madrid, 2008
- SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material” en *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005
- SANZ MORÁN, A.J., “Reflexiones en torno a la idea de libertad vigilada”, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal (ARANGUENA FANEGO, C, dir.)*, Valladolid, 2010
- SARMIENTO, D., “El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea” en *El principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, 2007
- SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las decisiones marco”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2005
- SARRIÓN ESTEVE, J., “La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de ADN en la Unión Europea” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza? (CABEZUDO BAJO Coord.)*, Madrid, 2013
- SATZGER H/KAYSER J., “Ne bis in idem en el derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista” en *El principio de ne bis in*

idem en el Derecho penal europeo e internacional (ARROYO/NIETO Coord.), Cuenca, 2007

- SATZGER/ZIMMERMANN, “From traditional models of judicial assistance to the principle of mutual recognition: New developments of the actual paradigm of the European Cooperation in Penal Matters” en *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives (BASSIOUNI/MILITELLO/SATZGER dir.)*, 2008
- SAYERS, D., “The European Investigation Order. Travelling without a roadmap”, *Centre for European Policy Studies*, 2011
- SCHÜNEMANN B., “¿Peligros para el Estado de derecho a través de la europeización de la administración de justicia?” en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea Tendencias actuales y perspectivas de futuro (ARMENTA, GASCÓN, CEDEÑO coord.)*, Madrid, 2006
- SCHÜNEMANN, B., “Alternative project for a European Criminal Law and Procedure” en *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives (BASSIOUNI/MILITELLO/SATZGER dir.)*, 2008
- SCHÜNEMANN, B., *Proyecto alternativo de persecución penal europea*, 2007
- SERRANO AMADO, R. y VALLESPÍN PÉREZ, D., “La euroorden y el respeto de los derechos fundamentales” en *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (DONAIRE y OLESTI coords.)*, Madrid, 2015
- SERRANO MASSIP, M., “Fractura en la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Sala Segunda, de 18 de julio de 2005, acerca de la ley sobre la Orden de Detención Europea”, *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, nº 4, 2006
- SERRANO MASSIP, M., “Protección transnacional de las víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección” en *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual / Carolina Villacampa Estiarte*, Cizur Menor, 2013
- SILVA PEREIRA, L., “La Decisión Marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- SOLETO MUÑOZ, H. Y ALCOCEBA GIL, J., “Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza? (CABEZUDO BAJO Coord.)*, Madrid, 2013
- SPENCER, J.R., “Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility. Provisional reactions by Professor JR. Spencer (University of Cambridge)”

- STOFFEL VALLOTTON, N., “La competencia del Tribunal de Justicia” en *Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (OREJA, dir, FONSECA, coord), Madrid, 1998
- STOJANOVSKI, V., “The european evidence warrant”, *Days of Law*, Brno, 2009
- TIRADO ROBLES, C., *Los asuntos de justicia e interior y sus mecanismos jurídicos en la Unión Europea*, Zaragoza, 1999
- TOMUSCHAT, C., “Inconsistencias: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de Julio de 2005 sobre la orden europea de detención y entrega”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006
- TUFO, M., “The Jurisdictional Control of the European Court of Human Rights” en *European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives* (BASSIOUNI/MILITELLO/SATZGER dir.), 2008
- VALBUENA GONZÁLEZ, F., “Derechos procesales del imputado” en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales* (JIMENO BULNES, M, coord.), Barcelona, 2007
- VALLE GALVEZ, J.A., “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, Número 3, 1998
- VALLINES GARCÍA, E., “Los equipos conjuntos de investigación en la Unión Europea: una perspectiva española” en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006
- VALLINES GARCÍA, E., *Los equipos conjuntos de investigación penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*, Madrid, 2006
- VAN OUTRIVE, L., “Historia del acuerdo y del Convenio Schengen”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, nº 53, 2001
- VERNIMMEN-VAN TIGGELEN/ SURANO, *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Universidad Libre de Bruselas- ECLAN.
- VERVAELE, J.A.E., “El principio de non bis in ídem en Europa” en *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN Dir. MUÑOZ DE MORALES Coord.), Cuenca, 2006
- VERVAELE, J.A.E., “El Ministerio Fiscal europeo y el espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un derecho procesal penal europeo”, en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos del Poder Judicial, 4, 2002
- VERVAELE, J.A.E., “ The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?”, en

European Cooperation in Penal Matters: issues and perspectives (BASSIOUNI/MILITELLO/SATZGER dir.), 2008

- VERVAELE, J.A.E., “El principio ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los Derechos Fundamentales en el Espacio Judicial Europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2004
- VERVAELE, J.A.E., “The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights”, *Utrecht Law Review*, vol.1, 2005
- VERVAELE, J.A.E., *Un Derecho Penal para Europa. Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, (MIREILLE DELMAS-MARTY Y J.A.E. VERVAELE, BACIGALUPO Y SILVA CASTELLANO ED), Madrid, 2004
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., “El derecho a intérprete y a la traducción en los procesos penales en la Unión Europea. La iniciativa de 2010 de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la interpretación y traducción”, en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGUENA FANEGO, C, dir), Valladolid, 2010.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., “Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega en relación con los nacionales. Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2005 del tribunal constitucional alemán” en *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (ARMENTA/GASCÓN/CEDEÑO Coord.), Madrid, 2006
- VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., “La legislación penal europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración o armonización: Tercer Pilar, directivas y decisiones marco” en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009
- VOGEL, J.R., “La prueba transnacional en el proceso penal. Un marco para la teoría y praxis”, en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal, Cizur Menor*, 2006
- WEYEMBERCH A., / DE BIOLLEY S., “El convenio de asistencia judicial del 2000 y la intervención de las telecomunicaciones” en *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Cizur Menor, 2006
- WEYEMBERGH, A., “¿Es necesario proceder a una previa armonización de los delitos como condición para la aplicación de la orden de detención y entrega europea? En *La orden de detención y entrega europea* (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN Dir. MUÑOZ DE MORALES Coord.), Cuenca, 2006
- WILLIAMS, C., “The European Evidence Warrant: the proposal of the European Commission”, *Special Issue on European Evidence*, ERA Forum 2005.

- ZAVALA, J., “La utilización y la transferencia internacional de datos de ADN: el nivel de protección en el Consejo de Europa y la Unión Europea” en *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (CABEZUDO BAJO Coord.), Madrid, 2013
- ZILLER, J., “El Tratado de Prüm”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007
- ZIMMERMANN, F., “Choice of forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor’s Office” en *The European Public Prosecutor’s Office. Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, 2015